

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



MÁSTER EN DERECHO INTERNACIONAL

Especialidad en Derecho Internacional Privado

“ARBITRAJE INTERNACIONAL Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES. PECULIARIDADES DEL MODELO CUBANO”.

AUTOR: LIC. ENRIQUE LINARES RODRÍGUEZ.

TUTOR: DR. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. Catedrático de Derecho internacional privado. Director del Departamento de Derecho internacional.

TRIBUNAL: DR. PEDRO A. DE MIGUEL ASENSIO, DR. VÍCTOR FUENTES CAMACHO Y DR^a CARMEN OTERO G- CASTRILLÓN.

CALIFICACIÓN: Sobresaliente (9) **CONVOCATORIA:** Septiembre 2011

RESUMEN:

El arbitraje internacional en materia de inversiones, constituye en la actualidad el cauce principal y más utilizado en la solución de controversias legales surgidas entre Estados e inversores privados. La inmensa mayoría de los Tratados de inversión lo contemplan como una garantía inherente a la protección y promoción de la actividad inversora, constituyendo un medio alternativo a los tribunales internos y a la protección diplomática. Sin embargo, a pesar de las ventajas que ofrece, no pueden negarse ciertas dificultades sistémicas y de falta de transparencia, heredadas en gran medida del arbitraje comercial internacional entre sujetos privados. El presente trabajo arroja luz sobre esta problemática y hace un análisis individualizado del modelo y la práctica arbitral en Cuba, realidad muy poco estudiada a pesar de los fuertes vínculos culturales, históricos y económicos que le unen con España.

PALABRAS CLAVE:

Arbitraje de inversiones, confidencialidad, transparencia, arbitraje comercial, arbitraje *ad hoc*, APPRI, arbitraje institucional.

ABSTRACT:

The international arbitration on investment, is currently the main and most common used way in the legal disputes arising between private investors and States. The vast majority of investment treaties see it as inherent guarantee for protection and promotion of the investment activity, being an alternative in front of domestic courts and the discretionary diplomatic protection. However the advantages it offers, we shouldn't ignore the systemic difficulties and lack of transparency, inherited largely from the international commercial arbitration between privates parties. The present study focus on this problem and in addition makes an individualized analysis of the model and arbitration practice in Cuba, an understudied reality, despite the strong cultural, historical and economic factors that bind it to Spain.

KEYWORDS

Investment arbitration, confidentiality, transparency, commercial arbitration, *ad hoc* arbitration, BIT, institutional arbitration.

*"El que tiene un derecho no obtiene el de
violar el ajeno para mantener el suyo."*

José Martí.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. CONTENIDO Y ORDENACIÓN DE LA INVERSIONES EXTRANJERAS.	
1. Inversión extranjera.....	9
A) Concepto de inversión.....	9
B) Inversión extranjera en una economía globalizada. Liberalización normativa y tendencias del régimen internacional de inversiones.....	14
2. Inversión extranjera en el contexto cubano.....	20
C) Ordenación y estructura de la inversión extranjera en Cuba.....	20
D) Perspectivas de la inversión extranjera ante los “lineamientos” adoptados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba.....	24
III. ARBITRAJE COMO MEDIO ACEPTADO PARA EL ARREGLO DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS.	
1. Efectividad del arbitraje frente a la protección diplomática.....	28
2. Evolución y diferencias respecto al comercial internacional. Confidencialidad y privacidad vs. transparencia y publicidad.....	31
3. El arbitraje de inversiones en los APPRI como medio de garantía y promoción de inversiones. Problemas del sistema convencional.....	35
IV. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN CUBA VISTO DESDE LOS APPRI.	
1. Tribunales nacionales. Distinción entre <i>contractual claim</i> y <i>treaty claim</i>.....	41
2. Arbitraje Institucional. Análisis del marco convencional internacional y regional.....	44
A) Cuba y la CCI de París.....	44
B) Arbitraje ante el CIADI. Prohibición estadounidense y negativa cubana a participar en el modelo.....	45
C) Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional.....	51

D) Instancia Regional de Solución de Controversias del ALBA-TCP.....	52
E) Proyecto de La Corte Caribeña de Arbitraje Comercial Internacional.....	53
3. El Arbitraje <i>ad hoc</i>. Preferencia frente al sistema institucional.....	54
V. CONCLUSIONES.....	58
DECISIONES ARBITRALES ANALIZADAS.....	62
BIBLIOGRAFÍA.....	63

ABREVIATURAS:

AII	Acuerdos Internacionales de Inversiones
AEDIPr	<i>Anuario Español de Derecho Internacional Privado</i>
ALBA-TCP	Alternativa Bolivariana para las Américas – Tratado de Comercio de los Pueblos
AMI	Acuerdo multilateral de inversiones
APPRI	Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones
CARICOM	Comunidad del Caribe
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCN	<i>Commercial Caribbean Niquel</i>
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones.
CNUDMI/UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional/ <i>United Nations Commission for the Unification of International Trade Law</i>
CNY	Convenio de Nueva York de 1958
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica
FMI	Fondo Monetario Internacional
ICEX	Instituto Español de Comercio Exterior
IED	Inversión Extranjera Directa
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MINVEC	Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, actualmente fusionado con el de Comercio Exterior.
NMF	Nación más favorecida
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEA	Organización de Estado Americanos
OMI	<i>Overseas Mining Invs. Ltd.</i>
ONG	Organización no Gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
PCC	Partido Comunista de Cuba
RCEA	<i>Revista de la Corte Española de Arbitraje</i>
REDI	<i>Revista Española de derecho Internacional</i>
RLMA	<i>Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje</i>
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TN	Trato nacional
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo.

I. INTRODUCCIÓN

La inversión extranjera directa (IED) bien encausada ha tenido en las últimas décadas una importancia capital en el desarrollo económico, social y tecnológico de los Estados, generando riqueza y permitiendo una transformación más eficiente de los recursos. Los inversores privados por su parte, logran una expansión internacional que les proporciona beneficios económicos muchas veces superiores a los que obtendrían en su propio país. Todo ello explica en gran medida, que a partir de mediados del siglo pasado surgiera la preocupación en el marco internacional, por proveer a la actividad inversora de una serie de garantías que lograsen su estímulo y promoción, a la vez que aseguraran al inversionista en caso de controversias con el Estado receptor de la inversión, una protección alternativa a la ofrecida por los tribunales internos y a la protección diplomática que podría ejercer discrecionalmente el Estado de su nacionalidad. Y es que a pesar de las ventajas que obtienen tanto el Estado como el inversor extranjero, los intereses son muy variados y a veces confrontados: frente al interés general o público del Estado receptor, pueden contraponerse los intereses privados de carácter lucrativo que persigue el inversor con la explotación de su actividad. En este sentido el arbitraje se consolida cada vez más como mecanismo alternativo y con vocación de neutralidad para la solución de diferencias.

El punto de partida del presente trabajo es una contextualización previa del concepto de inversión. Pues el hecho de calificar una actividad como tal constituye un presupuesto esencial para dar inicio al arbitraje de inversiones. Esta noción va a ser uno de los ejes fundamentales sobre los que gira el sistema de protección de inversiones, y mientras más amplia sea, mayor cantidad de actividades quedan cubiertas por el arbitraje. Los Estados receptores buscarán delimitarlo, ponerle coto a su interpretación extensiva que puede ir en perjuicio de su propia soberanía, los inversores extranjeros querrán todo lo contrario, y la práctica de los tribunales arbitrales ha demostrado ser sensible a esta última postura.

En la actualidad, la regulación de las inversiones exteriores se realiza de manera preferencial por medio de Tratados bilaterales de inversión o Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) y también por los Ordenamientos Jurídicos nacionales. Esto es así a pesar de la gran interdependencia

existente hoy en día entre los Estados consecuencia de la globalización, y el interés de los países desarrollados miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), poseedores de la mayoría de los flujos de IED, en lograr una ordenación global de las inversiones extranjeras que amplíe los estándares de protección de los inversores. Aún retumban los ecos y se sigue escribiendo sobre el fracaso en 1998 del Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), elaborado en el seno de la OCDE¹. Organización que en aquel entonces estaba compuesta solo por 29 Estados y pretendía dotar de carácter multilateral a toda la normativa sobre inversiones².

Este estudio del sistema protección de inversiones se individualiza haciendo un análisis del modelo cubano. Quizá surja la interrogante de por qué precisamente Cuba, un país que no es ni siquiera el mayor receptor de inversión extranjera en el Caribe y del que se tienen tan pocos datos en este respecto y menos aún en cuanto al funcionamiento de su sistema arbitral. Este es precisamente el reto, Cuba es una realidad muy poco estudiada en lo que a inversiones extranjeras y arbitraje internacional se refiere, a pesar de despertar gran interés en la comunidad internacional. En este estudio se pretende arrojar luz a esa realidad, dando a conocer, entre otras cosas, la principal normativa referente a la actividad inversora, las formas que la misma puede adoptar y las perspectivas que presenta de futuro luego de los *lineamientos* adoptados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (PCC), que sesionó del 14 al 19 de abril de 2011, en La Habana. Cuba es un país en que queda mucho por hacer y tiene un gran potencial para atraer la inversión extranjera, no sólo por su situación geográfica privilegiada, sino también por factores como los altos niveles de formación y salud que presenta su capital humano. Aunque desde ahora se puede adelantar que la inversión en Cuba se concibe como un complemento a los esfuerzos nacionales de desarrollo, y no se contempla como la

¹ Según Declaración de la OCDE de 1995, el objetivo fundamental del AMI negociado bajo su auspicio, era proporcionar un amplio marco multilateral de inversión internacional, con altos estándares para la protección y liberalización de regímenes de inversión, además de disposiciones efectivas para el arreglo de diferencias. En este sentido se comprendían tanto las controversias Estado- Estado como las inversor-Estado, previéndose el arbitraje internacional como mecanismo para solucionarlas.

² Desde la Carta de la Habana de 1948, muchas han sido las iniciativas que se han sucedido para el logro de este objetivo, siendo el AMI la más significativa. Sin embargo, ninguna de ellas ha supuesto hasta ahora una ordenación global en materia de inversiones. Para un estudio más profundo sobre la materia vid. A. Crespo Hernández, *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿Crisis de un modelo de globalización?* Madrid, Eurolex, 2000. Actualmente la OCDE cuenta con 34 Estados miembros. Brasil, China, India, Indonesia y Sudáfrica en proceso de adhesión y Rusia se configura como país candidato.

principal vía de financiamiento, con lo cual los procesos de autorización de la inversión suelen ser muy selectivos/restrictivos. Todo esto constituye la principal materia a que se hará referencia en el Tema II.

A partir de aquí comienzan a tratarse algunos de los aspectos más relevantes del arbitraje en materia de inversiones, también llamado “arbitraje transnacional unilateral”³, analizando las principales características, ventajas y factores que han propiciado su expansión. Estudiando qué ha hecho que a día de hoy, represente el principal mecanismo al que acuden inversores y Estados para resolver sus controversias en materia de inversión. En este sentido mucho han tenido que ver su vocación efectiva de neutralidad y el hecho de evitar la “politización” del litigio. Sin embargo, también se analizarán de forma crítica pero objetiva, los principales problemas por los que atraviesa esta nueva modalidad surgida del tradicional arbitraje comercial del que no logra desprenderse aún, motivo que le ha valido fervientes críticas, tanto doctrinales como de ONGs. El arbitraje de inversiones presenta un innegable trasfondo público, el solo hecho de la participación de un Estado suele implicar un interés distinto del privado. Los rasgos de confidencialidad y secretismo apropiados en el arbitraje comercial deben ceder a la publicidad y transparencia en los arbitrajes de inversiones. Lo contrario, como se verá, podría afectar mortalmente la legitimidad y aceptación del arbitraje en materia de inversiones. Son varios los pasos que se han dado para paliar estas deficiencias, pero al parecer aún resultan insuficientes.

El arbitraje en materia de inversiones encuentra su base generalmente en los Tratados de inversiones que suscriben los Estados entre sí, y que prevé que los inversores extranjeros puedan optar por acudir a este mecanismo en caso de controversias con el Estado receptor. La gran proliferación de estos instrumentos a nivel mundial ha sido otro de los factores que ha contribuido de manera efectiva al crecimiento del arbitraje internacional. No obstante, este marco convencional también está siendo cuestionado, la ambigüedad e indefinición de los términos de los APPRIS ha dado lugar a reclamaciones abusivas por parte de los inversores extranjeros que aún así han sido sometidas a arbitraje de inversiones, afectando consecuentemente la capacidad normativa de los Estados debido a la inseguridad jurídica generada: una medida legítima

³J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema de Derecho económico internacional*, Navarra, Civitas, 2010, p 397.

que tome el Estado en defensa de intereses sociales, medioambientales o simplemente para evitar los efectos perjudiciales de una crisis económica, puede ser sometida a una reclamación arbitral. El ejemplo de las numerosas demandas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI) de las que fue objeto Argentina por las medidas tomadas durante la crisis de 2001-2002 acredita esta situación.

En el último tema, siguiendo la metodología de este trabajo (ir de lo general a lo especial, de lo concebido como regla a la excepción), se analiza el modelo arbitral en Cuba; de qué manera funciona el arbitraje de inversiones a partir de los APPRI que tiene suscrito el país, que ya adelantamos no son pocos. Como casi siempre sucede con Cuba, se verán las grandes diferencias existentes respecto al sistema arbitral general. Por ejemplo, Cuba no pertenece al CIADI ni tampoco hace uso de su Reglamento del Mecanismo Complementario: no quiere y además no puede. Razón por la cual acude a instituciones privadas especializadas en el arbitraje comercial, pero que eso sí, garantizan la confidencialidad del litigio, sea o no en materia de inversiones. Se examinarán los proyectos de instituciones arbitrales alternativas en los que se encuentra inserto el país y se verá la referencia constante y uniforme en todos los Acuerdos de inversiones suscritos por la isla al arbitraje *ad hoc*, modelo que actualmente se configura como la principal vía elegida y la más recurrida por la nación caribeña.

II. CONTENIDO Y ORDENACIÓN DE LA INVERSIONES EXTRANJERAS

1. Inversión extranjera

A) Concepto de inversión.

Debe afirmarse, con carácter previo, que no existe un único concepto de inversión. El manejado en el ámbito económico, donde tiene su origen el término, debe diferenciarse del concepto jurídico. Por otra parte, en este último sector no existe acuerdo sobre una definición única e indubitada, sino que la amplitud y flexibilidad del concepto son rasgos que lo caracterizan. Sin embargo, la naturaleza económica del término “inversión” y la ausencia de un conocimiento jurídico tradicional del mismo, no han sido obstáculos para su uso en el ámbito legal⁴.

Los economistas fundamentalmente diferencian entre las inversiones extranjeras directas (IED) y las inversiones en cartera. Las primeras son consideradas más beneficiosas para el desarrollo de los Estados receptores, e implican: a) transferencia de fondos, b) un proyecto a largo plazo c) el propósito de obtener beneficios regulares, d) relación de control y participación efectiva a largo plazo entre el inversionista directo y la empresa y e) un riesgo de negocio⁵. Estos elementos diferencian la IED de la inversión en cartera, en la que no existe un interés duradero en la dirección y administración de la empresa que opera en el exterior⁶. Por su parte, las inversiones en cartera se caracterizan por la compra de activos financieros sin necesidad de que exista un control significativo de la gestión de los activos reales en los que se basan aquellos. El interés fundamental de los inversionistas en cartera se centra, por lo general, en los beneficios y rendimiento que su capital pueda generar, sin ser relevantes las

⁴ Los movimientos de capitales (género que engloba tanto a la inversión como a los créditos y préstamos, donaciones, dotes, movimientos de carácter personal, remesas de inmigrantes, etc.) presentan como rasgo común en su regulación, la inexistencia de definiciones legales sobre lo que constituyen tales operaciones. Cfr. J. C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho económico internacional*, Navarra, Civitas, p. 367, donde se plantea que los Códigos de liberalización de la OCDE y el propio Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional (FMI), superan esta dificultad utilizando la técnica de listas de operaciones.

⁵ R. Dolzer, “The notion of investment in recent practice”. *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano*. Steve Charnovitz, Debra P. Steger and P. van den Bosche (eds). Cambridge, Cambridge University Press 2005, pp 263.

⁶ La “Definición Marco de IED” elaborada por la OCDE, considera que la propiedad de al menos el 10% del poder de voto en la empresa de inversión directa, evidencia suficientemente ese “interés duradero”. *Definición Marco de Inversión Extranjera Directa*. Cuarta edición. OCDE, 2008, pp 12 y 13, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/63/36/46226782.pdf>.

consideraciones a largo plazo referidas a su relación con la empresa y el control sobre la misma⁷.

En el marco de la ciencia jurídica, se pueden encontrar conceptos de inversión distintos entre las diferentes legislaciones nacionales, normas regionales, Acuerdos internacionales de inversión y en el propio Derecho internacional general, pues cada uno contiene su propio concepto de inversión⁸. Para que estas legislaciones puedan ser aplicadas al caso concreto, la operación económica realizada debe poder subsumirse en la definición prevista en la norma. En el supuesto de un arbitraje de inversiones, este requiere un pronunciamiento previo acerca de la noción de inversión, de ahí la importancia de este análisis. No obstante, es justo decir que en la actualidad el sistema de Acuerdos internacionales de inversión(AII)⁹ busca cierta coherencia y emplea nociones similares. Esto, junto a la creciente jurisprudencia de los tribunales arbitrales va conformando de forma aproximativa un concepto de inversión por lo general, aceptado en el sector¹⁰.

Los Acuerdos internacionales coinciden mayoritariamente, en tipificar la inversión como un concepto amplio¹¹. Un buen ejemplo, en concordancia con el objeto de este trabajo, es el APPRI suscrito entre España y Cuba, firmado en La Habana el 27 de mayo de 1994¹², que en su artículo 1.2 establece lo siguiente:

“2. Por “inversiones” se designa todo *tipo de activos* (la cursiva, al igual que las letras de enumeración son nuestras) tales como bienes y derechos de toda naturaleza,

⁷ R. Dolzer and C. Schreuer, *Principles of international investment law*. Oxford, Oxford University Press, 2008. N. Rubins, “The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. (N. Horn ed), La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp 285. En el mismo sentido, con énfasis en el distinto grado de control que transmiten: J. C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho...op. cit.*, pp. 368-369.

⁸ I. Iruretagoiena Aguirrezabalaga, *Operatividad del arbitraje ante supuestos de expropiación de inversiones extranjeras*. Tesis Doctoral, Donostia/ San Sebastián, Universidad del País Vasco, 2008, p. 30.

⁹ Incluye a los APPRI, a los Acuerdos para evitar la Doble Imposición y a otros Acuerdos de inversiones.

¹⁰ *Ibid.*, donde el autor cita el llamado “Salini Test”(Salini c. Marruecos, ICSID Case No. ARB/00/4) corriente que establece cuatro criterios cumulativos para que la operación económica sea subsumible en el concepto de inversión del artículo 25 del Convenio, a saber: 1) existencia de una contribución, 2) cierta duración del proyecto, 3) riesgo del mismo para quien lo realiza y 4) la contribución al desarrollo del Estado receptor.

¹¹ N. Rubins, “The Notion of “Investment” in International...”, *op. cit.*, pp 283-284, quien comienza citando en apoyo a su afirmación, al filósofo Stephen Toulmin: *Definitions are like belts. The shorter they are, the more elastic they need to be. A short belt reveals nothing about its wearer, by stretching, it can be made to fit almost anybody.*

¹² Disponible en Boletín Oficial del Estado N°. 276, de 18 de noviembre de 1995.

adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: a) Acciones y otras formas de participación en sociedades; b) Derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin, hayan sido o no capitalizados; c) Bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares; d) Todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación, “know-how” y “good-will”; e) Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la Ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.”

Es decir, de una manera muy elaborada se combinan definiciones generales como es el caso de “cualquier activo”, con una lista ilustrativa y abierta de las operaciones económicas que se consideran inversiones. Lo cual permite la inclusión de otras formas de inversión no contempladas explícitamente en el texto; se pone así de manifiesto la extensión del concepto. Por otra parte, en cuanto a “*adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión*”, no queda claro si se refiere a normas de orden público o a aquellas específicas en la materia, esto ha quedado a la libre interpretación de los árbitros. Desde ahora podemos decir que en Cuba se está llevando a cabo un proceso de renegociación de estos Tratados, en el sentido de limitar la interpretación que el Tribunal arbitral pueda hacer del término, refiriéndose precisamente al núcleo de la normativa cubana sobre inversiones: la Ley 77 de 1995.

Acuerdos multilaterales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana, y el Tratado sobre la Carta Europea de Energía, de los que se hablará más adelante en relación con el arbitraje, también definen el concepto inversión en sus artículos 1139¹³, 10.28¹⁴ y 1.6¹⁵ respectivamente. Estos acuerdos presentan un sistema

¹³El art.1139 TLCAN, con un sistema de lista cerrada, establece que: “inversión significa: (a) una empresa; (b) acciones de una empresa; (c) obligaciones de una empresa: (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o (ii) cuando la fecha de vencimiento original de la obligación sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento; (d) un préstamo a una empresa: (i) cuando la empresa es una filial del

de listas cerradas, pero muy exhaustivas, de operaciones económicas para delimitar el concepto de inversión.

Por su parte el Convenio de Washington de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, por el que se crea el CIADI, no prevé este sistema de lista de operaciones para determinar lo que constituye una inversión. Es más, aquí el término ni siquiera se ha definido¹⁶, a pesar de la importancia para determinar la jurisdicción objetiva de esta institución especializada en arbitraje de

inversionista, o (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento; (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa; (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d); (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a: (i) contratos que involucren la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa; pero inversión no significa (la negrita es nuestra): (i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de: (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o (j) cualquier otra reclamación pecuniaria que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) al (h).”

¹⁴ El artículo 10.28 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana establece que: “inversión” significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen: (a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; (d) futuros, opciones y otros derivados; (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; (f) derechos de propiedad intelectual; (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda”.

¹⁵ El art. 1.6 del Tratado sobre la Carta de Energía considera: “6. “Inversión”, cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque: a) Bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas; b) Una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil, o bonos y otros títulos de deuda de una empresa o sociedad mercantil; c) Créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión; d) Propiedad intelectual; e) Rendimientos; f) Cualquier derecho conferido por ley o contrato, o en virtud de cualesquiera licencias o permisos otorgados conforme a las leyes para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía.”

¹⁶ Ciertamente, en los trabajos preparatorios del Convenio hubo varios intentos por parte de algunas delegaciones de incluir una definición del término “inversión”. Sin embargo, se impuso la idea de que establecer una definición concreta eliminaría la posibilidad de enjuiciar nuevas formas de inversión desconocidas en esos momentos, lo cual sería limitar, desde un inicio, la jurisdicción del Centro.

inversiones¹⁷. La autonomía de la voluntad de las partes en controversia tiene gran relevancia para determinar si una operación económica constituye o no inversión a efectos del Convenio, al poder decidir estas sobre el tipo de inversiones que desean someter al CIADI¹⁸.

En cualquier caso, lo que resulta claro es que el Convenio ha buscado mantener una comprensión amplia y flexible del término, y esto ha permitido que los tribunales arbitrales en el CIADI hayan podido conocer diferencias en relación a casi todos los sectores de la actividad económica y nuevas formas de inversión que no existían cuando se elaboró el Convenio, sin importar las formas jurídicas que las mismas hayan podido adoptar¹⁹.

Sin embargo, todo lo anterior no debe conducir a una extensión injustificada de la jurisdicción objetiva del CIADI. Por amplio que sea el concepto de inversión y por mucha incidencia que tenga la voluntad de las partes, no cabe que el Centro pueda conocer de controversias surgidas de transacciones que claramente no entran en el concepto amplio de inversión, como las transacciones comerciales ordinarias, en específico las simples compraventas de bienes o los créditos comerciales a corto plazo²⁰. Se desvirtuaría la especialidad y el objetivo perseguido por la Convención, de crear un método de solución de controversias específico en materia de inversiones.

¹⁷ El artículo 25 del Convenio de Washington establece que: “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante (...)”

¹⁸ El *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*, en su párrafo 27 establece que: “27. No se ha intentado definir el término “inversión”, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (Artículo 25(4)).”

¹⁹ Se han considerado inversiones actividades como la construcción de hoteles, centros turísticos y viviendas urbanas, contratos para la prestación de servicios informáticos, la construcción de autopistas, de presas etc., para más información puede verse *ICSID Concluded Cases*, disponible en <http://icsid.worldbank.org>. Cfr. E. FERNÁNDEZ MASIÁ, *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp 60-72. Este fenómeno sucede de manera semejante en los APPRI, con sus conceptos amplios y poco específicos, que no excluyen tampoco la aparición de nuevos tipos de inversión, a pesar de no haber sido mencionados o contemplados expresamente.

²⁰ El propio Informe de los Directores Ejecutivos establece en su párrafo 25 que: “(...) En concordancia con la finalidad del Convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la controversia y de las partes”. En el mismo orden de ideas, las Reglas de Arbitraje, en la n°41 afirman que “El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia.”. En cuanto a la

La conclusión resulta clara: desde un punto de vista práctico, mientras más amplio sea el concepto de inversión, cosa que se ha intentado demostrar en este acápite, más operaciones económicas quedan cubiertas por el sistema internacional de protección de la IED, con sus garantías y estándares de salvaguardia; más reclamaciones pueden someterse a arbitraje internacional. A este objetivo perseguido por los Estados más desarrollados, ha contribuido de forma decisiva la interpretación dada por los tribunales arbitrales, los cuales en ausencia de una definición precisa del concepto son los que han identificado los límites y el contenido del término.

La definición del concepto de inversión ha sido uno de los principales temas sustantivos de los laudos de arbitraje de inversiones en los últimos años, con lo que se demuestra que la discusión sobre el alcance del término no es pacífica. La carencia de un contenido determinado, hace que el mismo únicamente pueda ser satisfecho a través de análisis casuísticos, especialmente los formulados por tribunales arbitrales al momento de solucionar un conflicto entre un inversionista y un Estado. En definitiva, la interpretación del término inversión determina el ámbito de aplicación del Tratado y se coloca en la base de toda futura interpretación del mismo.

B) Inversión extranjera en una economía globalizada. Liberalización normativa y tendencias del régimen internacional de inversiones.

Para muchos autores es precisamente en la esfera de las inversiones donde se encuentran las características más definitorias de la tendencia a la globalización económica, caracterizada por la progresiva interdependencia entre los Estados²¹. Según B.M. Cremades y D.J Cairns, la IED constituye la “columna vertebral” de este proceso

Doctrina, en orden a evitar una desnaturalización del concepto, véase también E. FERNÁNDEZ MASIÁ, *Arbitraje en inversiones extranjeras...op.cit.*, pp 60-72.

²¹ Este estudio, por su objeto, se centra en la globalización *económica*, aunque el término tiene muchas otras vertientes como la *cultural* o la *tecnológica*. Para J. Bhagwati, *In Defense of Globalization*. New York, Oxford University Press, 2004; Traducción española: *En defensa de la globalización*. Barcelona, Debate, 2005, pp. 19-21, la globalización económica supone la integración de las economías nacionales en la economía internacional mediante el comercio exterior, la inversión extranjera directa (por parte de empresas y multinacionales), los flujos de capital a corto plazo, la difusión tecnológica y la migración entre fronteras. Una definición más técnica de la globalización en sentido general, pero no comprensiva de toda su riqueza, nos la muestra el FMI, para el que la globalización es la “interdependencia económica creciente del conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que difusión acelerada y generalizada de la tecnología”.

globalizador²². Proceso que a su vez, ha influido claramente en las tendencias de la normativa en materia de inversiones, con una liberalización de las normas en casi todos los países y una perspectiva más global en la materia por parte de todos los sujetos intervinientes en su regulación.

Las inversiones exteriores se regulan principalmente a través de las legislaciones nacionales y por medio de los Acuerdos bilaterales suscritos entre los Estados (como norma general entre Estados en vía de desarrollo, receptores de inversiones y Estados desarrollados, emisores de las mismas). En ocasiones, esta situación se complementa con contratos sobre la inversión concreta, suscritos entre el Estado receptor y el inversionista (contratos de Estado), que establecen condiciones jurídicas específicas²³. En consecuencia, se ha planteado que se produce una regulación a un triple nivel: el privado, el nacional, y el internacional²⁴, y en este último nivel adquieren el protagonismo los APPRI, configuradores de un enorme y complejo entramado de acuerdos que hasta la fecha no ha sido sustituido por un gran Tratado multilateral en la materia. Esto se debe entre otras cosas al fracaso del AMI²⁵, negociado en el seno de la OCDE y percibido como un intento por promover los intereses de los inversionistas extranjeros por encima de las prioridades y necesidades de desarrollo de los países de bajos ingresos. Por otra parte, aún cuando se han aumentado los esfuerzos dirigidos a profundizar en las disposiciones del Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, de la Organización Mundial del Comercio (OMC), no ha sido posible extender su ámbito de aplicación al conjunto de las inversiones extranjeras, por los desacuerdos entre economías avanzadas y emergentes; de igual manera tampoco han prosperado los intentos de introducir en la OMC un acuerdo sobre Inversiones.

²² B. M. Cremades y D. J. Cairns, "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores". *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. 2002, pp. 15- 62. En el mismo sentido, Ávila Álvarez y Díaz Mier, "*Mundialización: reflexiones sobre un concepto extendido*", *Not. U.E.*, núm. 172, mayo 1999, p.12.

²³ Para más información sobre estos contratos y los problemas que pueden plantear debido a su peculiar naturaleza jurídica *Vid.* A. Crespo Hernández, *El Acuerdo Multilateral de Inversiones...op.cit* pp.45-48. Así como B.M. Cremades y D.J Cairns, "La seguridad jurídica en las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los Tratados", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2004 pp. 69-93.

²⁴ I. García Rodríguez, "Pluralismo jurídico en inversión extranjera: las controversias entre el inversor y el estado receptor", *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1563- 1592.

²⁵ El Proyecto se quiso retomar en el marco de la Organización Mundial del Comercio, pero aún así la falta de consenso hizo que mediante Decisión de 1 de agosto de 2004, el tema de inversiones extranjeras fuera definitivamente eliminado del Programa de Doha.

Las legislaciones nacionales han experimentado una variación considerable, con el objetivo de atraer a la inversión extranjera. Hemos asistido, como se ha dicho, a una tendencia clara hacia la liberalización, incluso en aquellos países que han tenido durante mucho tiempo una postura recelosa hacia esta actividad. Los que tenían normas rígidas mediante las cuales imponían restricciones y trabas a las inversiones, las han modificado, como respuesta a una realidad económica, sin que necesariamente mediase un componente ideológico²⁶. Este cambio fue especialmente significativo en América Latina, región que en 2010 fue donde más creció el porcentaje de recepción y también de emisión de IED en el mundo²⁷. No obstante, el hecho de que un país liberalice completamente sus normas no es garantía de nuevas inversiones, y mucho menos de que estas tengan la entidad o cualidades suficientes para contribuir al desarrollo del Estado receptor, por lo tanto, esta tendencia ha sufrido variaciones.

En la comunidad internacional, de forma paralela, ha tenido lugar la celebración de un número extraordinario de APPRI, los cuales también se han configurado como componentes del movimiento de liberalización, presentando disposiciones que garantizan entre otras cosas, la indemnización al inversor en caso de expropiación, la libre transferencia de capital y beneficios, y la presencia de estándares de tratamiento y protección, así como métodos alternativos para la solución de controversias entre Estados e inversores extranjeros. Aunque, de estos instrumentos internacionales (APPRI), así como de los contratos entre inversor y Estado, se hablará más adelante en relación con el arbitraje.

Sin embargo, con la crisis financiera internacional de 2008, que tuvo su epicentro en los EE.UU y repercusión casi inmediata en el resto del mundo, la tendencia en el sistema de protección de inversiones ha experimentado cambios hacia la búsqueda de un mayor equilibrio²⁸. Si bien era “aceptado” que disminuyera al mínimo la intervención de los gobiernos, para reducir así los obstáculos al desarrollo de las inversiones

²⁶ A. Crespo Hernández.: *El Acuerdo Multilateral de Inversiones...* op. cit. pp 31-38.

²⁷ Informe presentado por la CEPAL, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2010*, disponible en <http://www.cepal.org>, según el cual la llegada de IED en América Latina aumentó un 40% respecto al 2009. Se dibuja un contexto en que los países en vía de desarrollo han aumentado su participación en los flujos de IED, tanto en calidad de receptores como de emisores.

²⁸ Equilibrio necesario entre regulación y liberalización, así como entre los derechos y obligaciones de los Estados y los inversores, estos últimos muchas veces con un poder económico muy superior al de aquéllos. Lo cual se pone de manifiesto tanto en las políticas nacionales como en las internacionales, y ahora se está haciendo más hincapié en la función del Estado.

internacionales, tesis apoyada además, por prestigiosos economistas como J. Bhagwati²⁹. A día de hoy, con los efectos de la crisis aún latentes³⁰, la práctica internacional en materia de inversiones demuestra que existe una dicotomía en las tendencias de las políticas de inversión. Por una parte se adoptan medidas para impulsar una mayor liberalización y promoción de las inversiones extranjeras (pues se siguen considerando una importante fuente externa de financiación del desarrollo), sin embargo, por otra se busca reforzar la regulación de estas, con la finalidad de promover objetivos de políticas públicas, como por ejemplo, la reducción de la pobreza o protección del medio ambiente.

La red de Acuerdos de inversión continúa en aumento³¹, aunque se busca lograr una mayor coherencia en el régimen de dichos instrumentos y los gobiernos pretenden una mayor precisión, aclarando el alcance de los tratados o el significado de determinadas obligaciones, a fin de preservar el derecho de los Estados a regular³². También son cada vez más frecuentes las cláusulas relativas al medio ambiente, así como las que pretenden garantizar una conducta empresarial apropiada en aspectos tales como las prácticas sociales. En consonancia, también ha aumentado el número de laudos arbitrales referidos a la solución de diferencias entre inversionistas y Estados³³.

En el ámbito de la Unión Europea (cuyos Estados miembros tienen suscritos unos 1300 APPRIs)³⁴, se produce una importante novedad con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009: los Estados miembros le atribuyen de manera exclusiva a la UE las competencias en materia de IED, como parte de la Política Comercial Común (artículo 207.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - TFUE-, en relación con artículo 3 TFUE). De esta forma, la capacidad de negociar y

²⁹ J. Bhagwati, *In Defense of...op. cit.* pp. 31-34.

³⁰ Al finalizar el año 2010, las corrientes mundiales de IED aumentaron de forma moderada, pero aún así se mantenían un 15% por debajo del promedio anterior a la crisis. *Vid, Informe sobre las inversiones en el mundo 2011*, Nueva York y Ginebra 2011, disponible en <http://www.unctad.org>.

³¹ Al finalizar el 2010 el número de Acuerdos internacionales de inversión era de unos 6.092, según UNCTAD, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2011*, Nueva York y Ginebra 2011, disponible en http://www.unctad.org/sp/docs/wir2011overview_sp.pdf

³² Una excesiva prolongación en el alcance de los términos de los APPRIs puede menoscabar el poder regulatorio de los Estados para la adopción de medidas legítimas de interés público con una finalidad social, medioambiental, cultural o de desarrollo.

³³ Al finalizar el 2010 eran 390 el número total de casos conocidos, y a 197 el número de casos resueltos. La abrumadora mayoría de estos casos fueron iniciados por inversores de países desarrollados, sobre todo contra países en desarrollo.

³⁴ UNCTAD 2011.

firmar los APPRIIs recae en las instituciones de la Unión, así como todo lo relativo a la protección recíproca de inversiones³⁵. Y aunque todavía no se sabe a ciencia cierta cómo afectará al régimen general de los APPRIIs el traspaso de estas competencias, muchos afirman³⁶ que supondrá una mayor estandarización y coherencia en la protección de inversiones para todo el territorio de la Unión, simplificando el sistema de tratados y eliminando las contradicciones con otros instrumentos jurídicos.

La globalización económica también ha dado lugar a la conocida deslocalización de la actividad inversora por parte de las multinacionales hacia los países con costes más reducidos, agudizando la competencia que enfrentan principalmente las pequeñas y medianas empresas del tercer mundo³⁷. Esta deslocalización de la producción se refleja también en el ámbito de la regulación material, donde la actividad de las multinacionales trasciende los marcos legales de las legislaciones internas de los Estados, pudiendo acudir a otros en que las regulaciones sobre residuos, derechos laborales, impuestos y salarios es mucho más permisiva. Lo mismo sucede con los métodos de resolución de diferencias empleados por los inversores extranjeros, donde el arbitraje internacional, como se verá más adelante en este estudio, ha ido sustituyendo a los tribunales internos de los Estados.

Por esta razón, el establecimiento de normas relativas a la responsabilidad social de las multinacionales ha adquirido gran relevancia a nivel global. Importancia que aumenta cuando lo que se busca es establecer un nuevo equilibrio entre los derechos y obligaciones de los Estados y los inversores. En la actualidad estas normas presentan múltiples niveles. Por una parte están las normas de las Naciones Unidas³⁸, la

³⁵ Según el art. 2.1 TFUE: “Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión”.

³⁶ O. Álvarez Calzada y J. Dajani González, “El nuevo marco europeo de protección de inversiones exteriores”. *Real Instituto Elcano*, ARI n°139, 2010.

³⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El derecho económico internacional de la Globalización.” *Guerra y Paz (1945-2009) Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Serv. Edit. Universidad País Vasco, 2010, pp 197-236.

³⁸ Donde adquiere especial atención el *Pacto Mundial de las Naciones Unidas*, iniciativa presentada en 1999 por el anterior Secretario General, Kofi Annan, y por el cual las empresas multinacionales acceden a respetar una serie de valores éticos generales en materia de derechos humanos, trabajo, medioambiente o lucha contra la corrupción. Sin embargo, este instrumento carece de un mecanismo efectivo para hacer exigibles estos principios.

Organización Internacional del Trabajo (OIT)³⁹ y la OCDE⁴⁰, que permiten definir los principios básicos de la responsabilidad social de las empresas y dar orientación al respecto. Luego están los numerosos códigos voluntarios, entre los que se encuentran los creados por organizaciones especializadas como la *Social Accountability International*, con sede en Nueva York, y miles de códigos de distintas empresas que establecen normas sobre las prácticas sociales y ambientales. Sin embargo, el problema fundamental que existe es conseguir que las empresas cumplan efectivamente estas normas, pues como se ha visto en la actualidad no existe una regulación vinculante en la normativa internacional acerca de la conducta de los inversores extranjeros.

En este sentido, la contribución de los gobiernos puede ser determinante, una opción válida sería incluir disposiciones obligatorias sobre la responsabilidad social de las empresas en los APPRIIs que suscriban o en la propia normativa interna, estableciendo así las condiciones para que realmente la inversión extranjera sirva a los objetivos de desarrollo nacional. El objetivo de promover la IED no es en modo alguno incompatible con normas relativas a la responsabilidad social de las empresas, ni con el fomento de una inversión responsable y bien orientada.

En palabras del prestigioso economista y profesor J. Bhagwati: “*Un tapiz tejido con tres colores, uno de los códigos de normalización social, otro de una multitud de códigos voluntarios y un tercero de diversos códigos nacionales obligatorios, aparecería como enfoque detallado y deseable en la cuestión de la responsabilidad social de las empresas*”⁴¹. Así, la responsabilidad social de las multinacionales tendría una manifestación mucho más efectiva en la economía y sociedad globales.

³⁹ *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*, de 1977, que insta a las empresas a respetar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las convenciones internacionales de derechos humanos correspondientes. Aunque no es jurídicamente vinculante.

⁴⁰ *Declaración y Decisión sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales*, de 21 de junio de 1976 y como parte de la misma, las *Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. La última revisión de la Declaración fue en 1991. Son textos que tampoco tienen carácter vinculante.

⁴¹ Bhagwati, J.: *In Defense of...op. cit* p. 293.

2. Inversión extranjera en el contexto cubano.

C) Ordenación y estructura de la inversión extranjera en Cuba.

Cuba, primer país socialista de América Latina y hasta hace muy poco el único con este sistema de producción en el continente, no permaneció ajeno al proceso de liberalización para atraer la IED, ni a los influjos del proceso globalizador. Así se acredita por una parte, con su norma principal en materia de inversiones: Ley 77 de 1995, que no difiere sustancialmente de otras de igual naturaleza en región Latinoamericana en cuanto a sectores abiertos; y por otra, con la conclusión de un número realmente elevado de APPRIs: unos 62 hasta la actualidad, cifra comparable con los 71 que tiene suscritos España.

La inversión extranjera en la isla comenzó, refiriéndonos a un pasado inmediato, a finales de los años 80 del pasado siglo, como respuesta a una nueva y difícil situación económica ocasionada por el debilitamiento y derrumbe del campo socialista. La cobertura legal ya existía con anterioridad, el Consejo de Estado había aprobado en 1982 la legislación (Decreto Ley 50), que permitía la inversión extranjera en forma de empresas mixtas. En 1993, siendo aún modesta la actividad inversora en cuanto a proporción y cuantía, comienzan a suscribirse Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIs), que presentan una mayor garantía para los intereses de los inversores extranjeros, estableciéndose, entre otras cláusulas, la obligación de una indemnización adecuada en caso de expropiación o la previsión del arbitraje como medio alternativo a la jurisdicción nacional, para solucionar las controversias que pudieran surgir entre un inversionista y el Estado receptor. Los primeros APPRIs se rubrican con Italia y Rusia. Un año después, en mayo de 1994, se firmó en La Habana el APPRI con el gobierno de España. Reino Unido y China suscribieron con Cuba este tipo de Tratado bilateral en 1995, y países como Viet Nam, Argentina, Alemania, Venezuela, Francia, Brasil o México en años posteriores, engrosando la actual lista de 71 países con los que Cuba ha firmado los actuales 62 Acuerdos de este tipo. Sin embargo, lo cierto es que sólo una veintena de estos Estados, tiene algún tipo de inversión en Cuba.

El progresivo fortalecimiento que fue alcanzando la IED y la necesidad de continuar haciendo uso de ella como vía fundamental de obtención de divisas en pleno “Período

Especial”⁴² y recrudecimiento del bloqueo norteamericano, exigió la creación de una nueva legislación. El anterior Decreto-Ley 50 de 1982 ya no se adecuaba a las nuevas circunstancias y exigencias, era preciso ampliar las fórmulas y áreas de inversión, flexibilizar los preceptos legales y crear unos procedimientos que contribuyeran a hacer la ley más transparente y atractiva al inversionista extranjero.

Es entonces cuando la Asamblea General del Poder Popular aprueba, el 5 de septiembre de 1995, la Ley 77 para la Inversión Extranjera. La nueva ley establece como objetivo principal: *“promover e incentivar la inversión extranjera en el territorio de la República de Cuba, para llevar a cabo actividades lucrativas que contribuyan al fortalecimiento de la capacidad económica y al desarrollo sostenido del país, sobre la base del respeto a la soberanía e independencia nacional y la protección y uso racional de los recursos naturales”* (artículo 1 Ley 77). Se da así el impulso que requería la inversión extranjera en el país con una Ley en principio razonablemente liberal, de amplia apertura al capital extranjero, y sin grandes diferencias formales, como se ha dicho, respecto a legislaciones de igual naturaleza en otros países en vía de desarrollo.

Esta Ley admite la inversión exterior en casi todos los sectores, salvo salud, educación y defensa (aunque sí se permite en el sistema empresarial de las fuerzas armadas). Sin embargo, debe aclararse que exige la aprobación individualizada y específica para cada proyecto de inversión y el proceso de aplicación en la práctica es muy selectivo e incluso restrictivo, en esto la IED de Cuba sí difiere sustancialmente de la que existe en la mayoría de los países latinoamericanos⁴³. En esta nación de economía planificada, la IED se autoriza sólo como complemento a los esfuerzos nacionales de desarrollo económico y su admisión va asociada a proyectos de interés nacional⁴⁴. Con la actividad inversora se busca principalmente avanzadas tecnologías, nuevos mercados y fuentes de

⁴² Período de crisis económica que comenzó en 1991 tras el derrumbe de la URSS, en que el PIB del país se contrajo un 36% de 1990 a 1993. Se definió por las severas restricciones en hidrocarburos y la escasez de todo tipo de alimentos y productos, incluidos los de primera necesidad, que hasta entonces Cuba obtenía de sus relaciones económicas con la Unión Soviética. Es solo en 2007 cuando se logran alcanzar niveles en el PIB semejantes a los de 1990. El “período especial” se vio sustancialmente agravado por el bloqueo económico, comercial y financiero que los Estados Unidos, mantiene incluso hoy, contra Cuba, a pesar de la repulsa prácticamente unánime de la Comunidad Internacional.

⁴³ Un análisis pormenorizado de la Ley 77/ 1995, de Inversión Extranjera en Cuba, puede encontrarse en D. Fábregas i Guillén, *La Ley de la inversión extranjera y la situación económica actual de Cuba*. Editorial Viena, Barcelona, 1998.

⁴⁴ Autorizaciones son otorgadas por un período limitado de tiempo, al término del cual puede renovarse o liquidarse. En el caso de la empresa mixta el período suele ser de 10 años.

financiamiento. La participación extranjera, en base a esta Ley y el marco jurídico creado en torno a la misma⁴⁵, raramente se autoriza más allá del 51%, aunque expresamente la Ley 77 no establezca este límite. Tampoco se autorizan inversiones en distribución comercial y en algunos servicios, al público o a las empresas, como puede ser la venta minorista. La Ley referida se complementa por el Decreto 165/1996 sobre Zonas Francas, por el que se establece importantes exenciones arancelarias a sus operadores, aunque actualmente se busca reconvertir estas zonas en Parques Industriales y Comerciales, tal y como se verá al analizar los *Lineamientos* del Partido Comunista de Cuba.

Las figuras jurídicas en que puede materializarse la actividad de inversión extranjera son la empresa mixta⁴⁶, la empresa de capital totalmente extranjero⁴⁷, los contratos de asociación económica internacional⁴⁸, y más recientemente, a partir del Acuerdo

⁴⁵ En su gran mayoría Resoluciones Ministeriales o Acuerdos, a saber: **Resolución 116/1995**, del Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica (MINVEC) actualmente fusionado con el de Comercio Exterior, sobre el Proceso de negociación de propuestas de inversión extranjera; **Resolución 26/1995**, de la Cámara de Comercio de la República de Cuba, sobre Reglamento del registro de inversiones extranjeras; **Resolución 127/1995**, del MINVEC, de Normas para la supervisión y control de las inversiones extranjeras; **Instrucción 151/1996** del Tribunal Supremo Popular, sobre la competencia de tribunales en la solución de conflictos en que intervienen Asociaciones Económicas y empresas estatales; **Decreto-Ley 165/1996** del Consejo de Estado, sobre Zonas Francas y parques industriales; **Resolución 32/1997**, del MINVEC, sobre Supervisión de sociedades mixtas. **Resolución 25/99**, de la Aduana General de la República, sobre el régimen especial aduanero en Zonas Francas y Parques Industriales; **Acuerdo 3827/2000**, del Consejo de Estado, regulando las Producciones Cooperadas y Contratos de Administración; **Resolución 37/2001**, del MINVEC, estableciendo normas para el procedimiento de elaboración de Contratos de Administración y Producciones Cooperadas; **Resolución 157/2002**, del Ministerio de Justicia, sobre el Registro de Propiedad de Inmuebles vinculados a la inversión extranjera; **Resolución 27/2003** del MINVEC, estableciendo las Normas relativas a la supervisión y control de las inversiones extranjeras; **Acuerdo No 5290**, del Comité ejecutivo del Consejo de Ministros, sobre el Contrato de Producción Cooperada de Bienes o Prestación de Servicios.

⁴⁶ En esencia son sociedades anónimas de capital compartido, normalmente al 50%, perteneciendo el otro 50% a una empresa estatal cubana. El art. 2 i) Ley 77/95 las define como: *Compañía mercantil cubana que adopta la forma de sociedad anónima por acciones nominativas, en la que participan como accionistas uno o más inversionistas nacionales y uno o más inversionistas extranjeros.*

⁴⁷ Son sociedades anónimas de derecho cubano con capital totalmente extranjero, en la práctica la autorización de este tipo de inversiones ha sido muy poco frecuente. El art 2 h) las define como *Entidad mercantil con capital extranjero, sin la concurrencia de ningún inversionista nacional.*

⁴⁸ Con esta figura no se crea una nueva persona jurídica, sino que cada uno de los socios mantiene la suya propia. En el Art. 2 a) se define la Asociación Económica Internacional como *unión de uno o más inversionistas nacionales y uno o más inversionistas extranjeros dentro del territorio nacional para la producción de bienes, la prestación de servicios, o ambos, con finalidad lucrativa en sus dos modalidades, que comprende las empresas mixtas y los contratos de asociación económica internacional.* Estableciéndose la caracterización y funcionamiento de este contrato en el art. 14 de la Ley. A fines del año 2000, había 392 asociaciones económicas con capital extranjero, sin embargo, al cierre de 2009 quedaban en la isla 258 negocios con capital foráneo. Lo cual representa un descenso del 18 % respecto a 2008, según Instituto Valenciano de la Exportación: *Informe Cuba 2011*. Generalitat Valenciana, disponible en http://www.ivex.es/red_exterior/centroempresariales/CU_la-habana/Informes.html.

3827/2000 del Consejo de Estado: los contratos de producción cooperada y de administración de producciones y servicios.

Los contratos de producción cooperada, constituyen un modelo en el que se está trabajando actualmente, son una fórmula que por su simplicidad, flexibilidad y bajo riesgo, resultan ser la mejor manera de acceso al mercado cubano para las PYMES. Permite llegar a acuerdos de cooperación empresarial entre entidades cubanas y extranjeras, para la realización de una determinada producción, obra o servicio, con aportes pactados entre las partes, sin necesidad de que estas tengan que perder su propia personalidad jurídica ni constituir sociedad mixta alguna. Sin embargo, con el Acuerdo 5290/04 del Consejo de Ministros, se limitó bastante alguna de las ventajas que tenían estos contratos, como la posibilidad de ser suministrador único, teniendo que acudir a un sistema de compras abierto a la competencia. También aumentaron los controles estatales previos, teniendo que aprobarse por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de manera similar a las empresas mixtas. El resultado es que el número de producciones cooperadas en vigor ha descendido considerablemente y se están produciendo muy pocas aprobaciones nuevas.

Los contratos de administración por su parte, pueden ponerse en marcha en diversos sectores, pero casi todos se han implantado en el área del turismo e implican la dirección de un hotel cubano por parte de una cadena extranjera con un contrato de gerencia. La propiedad, en todo caso, es 100% cubana⁴⁹.

En el ámbito fiscal existe un impuesto de utilidades, cuyo tipo general es del 35%, aunque las empresas mixtas e inversionistas parte de un contrato de Asociación Económica Internacional se les aplica un tipo reducido del 30%⁵⁰. También existe un impuesto sobre la utilización de la fuerza de trabajo y un impuesto por la contribución a la seguridad social, aplicables sobre los ingresos percibidos por los trabajadores, cuyo

⁴⁹ Esta es la modalidad más utilizada por los hoteleros españoles, y según datos proporcionados por el *Informe Cuba 2011*. Instituto Valenciano de la Exportación. Generalitat Valenciana, 2011, España posee el 90% de todos los contratos de administración existentes hasta el momento. Disponible en http://www.ivex.es/red_exterior/centroempresariales/CU_la-habana/Informes.html.

⁵⁰ Art. 39 Ley 77/95, el cual también establece que el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros discrecionalmente podrá exonerar en parte o totalmente, el pago de impuesto sobre utilidades netas que se reinviertan en el país.

tipo es del 11% y 14%, respectivamente. La repatriación de beneficios, en cambio, no se encuentra sujeta a tributación adicional en la fuente.

Por otra parte, siguiendo la tendencia internacional del régimen de Acuerdos de inversiones, Cuba ha suscrito varios Tratados de Doble Imposición Internacional, acuerdos bilaterales de naturaleza fiscal y tributaria. El primer país con el que la isla firma este tipo de convenios es España, en febrero de 1999, lo cual es una muestra de la importancia de las relaciones económica entre ambas naciones, a parte de las de índole histórico y cultural. A través de estos Acuerdos se pretende evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio, así como en las transacciones entre residentes de ambos países. Actualmente, Cuba tiene suscrito acuerdos de estas características, con ocho países además de España, entre los que se encuentran Italia, Rusia, China, Viet Nam y Venezuela.

Finalmente este apartado relativo a las inversiones en Cuba no estaría completo si se obviara mencionar la Ley Helms Burton y sus efectos negativos sobre la IED en el país. Esta norma extraterritorial busca en esencia recrudecer el bloqueo económico que EEUU mantiene contra la isla. Amenaza con actuaciones legales contra los inversores extranjeros en Cuba cuando la actividad de estos se materializa en propiedades inmobiliarias reclamadas por ciudadanos cubano-americanos. Esta Ley supone una influencia negativa sobre potenciales inversiones y ha podido desanimar a numerosos inversores relacionados comercial o financieramente con EE UU. Vale señalar aquí, sin perjuicio de que más adelante se retome el tema de esta Ley, que la Unión Europea rechaza su aplicación y ha conseguido que no se aplique parte de su articulado.

D) Perspectivas de la inversión extranjera ante los “lineamientos” adoptados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba.

Realizar valoraciones actualizadas sobre la magnitud y evolución de la IED en Cuba, resulta especialmente difícil ante la inexistencia de información oficial sobre la materia. La Oficina Nacional de Estadística no publica este tipo de información. Con lo cual, las apreciaciones constantemente deben basarse en anuncios puntuales de operaciones

realizadas⁵¹. Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en 2009 la IED en Cuba sufrió una caída del 15%, debido a la crisis mundial, si bien esta tendencia a la baja fue prácticamente unánime a nivel global⁵². Los principales inversionistas en Cuba proceden de Europa, Canadá, América Latina y Asia. Destacando España en sectores como tabaco, turismo, hidrocarburos, transportes, y servicios financieros, Italia en telecomunicaciones, Francia en producción y exportación de ron y Canadá con intereses en la industria del níquel y en la exploración petrolera. Los principales inversores latinoamericanos son Brasil, con una destacada actividad en el sector financiero, y Venezuela, que cuenta con empresas estatales realizando importantes operaciones en el sector del petróleo y de las telecomunicaciones.

En este contexto, cobran especial relevancia los llamados *Lineamientos de la Política Económica y Social*⁵³ aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (PCC), que sesionó en La Habana del 14 al 19 de abril de 2011. Los cuales forman parte del nuevo proyecto de reestructuración económica que impulsa Raúl Castro desde su llegada al poder en 2006, tras la grave enfermedad de su hermano.

Los *lineamientos* contienen propuestas muy diversas del PCC, fuerza dirigente de la sociedad y del Estado⁵⁴, que afectan prácticamente a todas las áreas de la economía cubana. El nuevo modelo económico, según establece la propia Resolución Final sobre los lineamientos, “*reconocerá y promoverá, además de la empresa estatal socialista, forma principal en la economía nacional, a las modalidades de la inversión extranjera, las cooperativas, los agricultores pequeños, los usufructuarios, los arrendatarios, los trabajadores por cuenta propia y otras formas que pudieran surgir para contribuir a*

⁵¹ Un estudio detallado sobre las últimas operaciones inversoras en la isla puede encontrarse en el Informe económico y comercial sobre Cuba. *Oficina Económica y Comercial de España en La Habana*, 2011, disponible en <http://www.oficinascomerciales.es>.

⁵² *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2010*, disponible en <http://www.cepal.org>, donde se pone de manifiesto que los flujos de IED a nivel mundial tocaron fondo en el segundo semestre de 2009, para experimentar una lenta y heterogénea recuperación en 2010, de aproximadamente un 1%.

⁵³ El documento original contenía 291 lineamientos y puede ser consultado en la web de la Oficina Nacional de Estadística de Cuba: www.one.cu. Sin embargo, luego del debate en el seno de cinco Comisiones se sometió a aprobación un total de 313 lineamientos. La versión final del documento puede consultarse en: <http://www.one.cu/lineamientoscongreso.htm>.

⁵⁴ Según el art.5 de la Constitución Cubana de 1976, el Partido Comunista de Cuba constituye la “(...) *vanguardia organizada de la nación cubana, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista*”.

*elevar la eficiencia*⁵⁵”. Se busca incorporar la iniciativa privada a una economía hasta ahora estatalizada⁵⁶. La economía continuará siendo Planificada, pero *teniendo en cuenta las tendencias del mercado*⁵⁷.

En el Congreso no aparecen variaciones explícitas en el régimen y la ordenación de la IED, no obstante, es previsible que el nuevo y ambicioso plan económico, requiera mayor participación del capital exterior, a continuación se hará referencia a algunas de las propuestas en distintos sectores estratégicos del país:

(I) Inversión extranjera propiamente dicha: Como ya se ha anunciado, explícitamente no hay novedades sustanciales en el sistema. Se mantiene el recurso a la inversión extranjera directa como un complemento de los esfuerzos nacionales de desarrollo, lo que se traduce en una alta selectividad para la aprobación de nuevos negocios. Persisten los mismos criterios de aceptación de inversiones, entre los que se encuentran la aportación de nuevas tecnologías o nuevos mercados de exportación, sustitución de importaciones y aportaciones de financiación. Por otra parte se promueve la creación de Zonas Especiales de Desarrollo, semejantes a las anteriores Zonas Francas. Se hace hincapié en la conveniencia de favorecer los acuerdos con fabricantes extranjeros en empresas de la industria mecánica y la industria ligera.

(II) Industria: Se buscará redimensionar las capacidades productivas en la industria mecánica y ligera, realizando inversiones para las que se contará con el apoyo de socios extranjeros.

(III) Turismo: Se prioriza el mantenimiento y renovación de la infraestructura turística. En agosto del 2010 se realizan cambios en el sector inmobiliario asociado al turismo, se

⁵⁵ Resolución sobre los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido Comunista de Cuba, de 18 de Abril de 2011, disponible en <http://www.one.cu/lineamientoscongreso.htm>.

⁵⁶ Desde la llamada Ofensiva Revolucionaria de 1968 el gobierno cubano había eliminado todo el sector privado de la actividad económica, estatalizando todas las empresas, grandes o pequeñas. Si bien luego del primer Congreso del PCC en 1976, ante la dificultad de administrar los servicios menores, se autorizó la existencia de un sector privado por cuenta propia muy pequeño, que ha experimentado altibajos en su crecimiento hasta ahora. Para más detalle *vid.* A. Hernández Morales, “Las reformas cubanas de los noventa ¿alternativa a la hegemonía neoliberal en América Latina? Promesas y realidad”. *Informe final del concurso: Fragmentación social y crisis política e institucional en América Latina y el Caribe. Programa Regional de Becas CLACSO*. 2002 Disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2001/hernandez.pdf>

⁵⁷ *Vid.* Nota 55.

modifica la legislación, aprobándose un Decreto Ley 273 que aumenta de 50 a 99 años el derecho de superficie para los inversores extranjeros que construyan hoteles, nuevos campos de golf, así como marinas y parques temáticos y acuáticos. El turismo constituye un sector clave y funciona como motor de la economía cubana⁵⁸.

(IV)Transporte: Se proponen incrementos en las tasas de descarga de buques y se confía en la financiación internacional para el desarrollo de las infraestructuras portuarias como el Puerto del Mariel, a donde se quiere desplazar la actividad comercial que actualmente se realiza en la emblemática Bahía de la Habana.

(V)Construcción: Se propone la creación de empresas nacionales de construcción que actúen como socios de empresas extranjeras para el desarrollo de los nuevos hoteles turísticos.

En fin, estas son solo algunas de las 313 propuestas aprobadas en el VI Congreso, conjunto de medidas muy diversas, pero que en principio parecen estar bien orientadas hacia el logro de una economía más eficaz y un cambio en el modelo seguido hasta ahora. El proceso para su implantación previsiblemente será largo, la mayoría de las leyes aún deben aprobarse o incluso elaborarse, pero ya cuentan con el apoyo e impulso del PCC. Las propuestas además de presentar un alto calado político y económico, son ambiciosas, y previsible que en muchas de ellas se requieran los aportes, sobre todo en tecnología y financiación, que pueda brindar una inversión extranjera bien orientada.

⁵⁸ Para las empresas españolas el turismo en Cuba tiene gran importancia. En este sector existe un elevado número de empresas mixtas hispano-cubanas para la construcción de hoteles, y no solo esto, sino que España ostenta prácticamente el 90% de todos los contratos de administración existentes en la actualidad.

III. ARBITRAJE COMO MEDIO ACEPTADO PARA EL ARREGLO DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS.

1. Efectividad del arbitraje frente a la protección diplomática.

El arbitraje internacional en materia de inversiones, constituye en la actualidad el cauce principal y más utilizado en la solución de controversias legales surgidas entre inversor y Estado. La gran cantidad de Tratados de inversión (fundamentalmente APPRIIs) que lo contemplan como mecanismo de solución de controversias ha contribuido en gran medida a su expansión con un aumento importante de casos; los datos de la práctica internacional así lo reflejan⁵⁹. Las ventajas que ofrece el arbitraje internacional han hecho posible esta realidad, entre ellas sus notas de neutralidad y consecuente “despolitización” de las desavenencias. Este mecanismo, en efecto, busca apartarse de las presiones políticas y dilaciones que se podrían dar en una jurisdicción nacional cuando están en juego los intereses del Estado que acoge la inversión. Ello funciona como un estímulo en la promoción de inversiones, a la vez que configura una garantía fundamental, tanto para el inversor extranjero como para el propio Estado receptor, que tampoco se verá expuesto a las presiones políticas que pudiera ejercer el Estado de la nacionalidad del inversor, a través del mecanismo de la protección diplomática, previsto en el Derecho internacional público.

En el sistema tradicional, ante una divergencia ocasionada por una nacionalización o expropiación, los inversores extranjeros no tenían más alternativa que acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado receptor, que resolvían el contencioso aplicando su normativa interna. Una vez finalizada esta fase obligatoria de agotamiento de los recursos internos del Estado receptor, si el inversionista no había visto satisfechas sus pretensiones y continuaba la violación del Derecho internacional, podía solicitar la protección diplomática, titularidad exclusiva del Estado de su nacionalidad. Las desventajas y la falta de garantías en la protección del inversor que presenta este sistema no son pocas. Por una parte, el ejercicio de la protección diplomática es discrecional de Estado, el cual sopesará también sus propios intereses y el mantenimiento de las buenas

⁵⁹UNCTAD, *Latest Developments in Investor– State Dispute Settlement*. N° 1, marzo 2011, Naciones Unidas, disponible en http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113_en.pdf, informe que revela el constante recurso al arbitraje para resolver las controversias en materia de inversión. A finales de 2010 se contabilizaba un total de 390 casos conocidos, sin embargo, esta cifra puede distar mucho de la realidad y el número de casos ser mayor, debido a que la mayoría de Instituciones arbitrales no mantienen un registro público de las demandas presentadas.

relaciones con el Estado expropiante, por otra la eventual politización de la controversia resulta evidente, al pasar a tener la misma un carácter interestatal. Imaginemos esta situación repetida una y otra vez ante cada diferencia surgida entre inversores y Estados: el marco de las relaciones internacionales sería mucho más convulso que el existente en la actualidad, y aún así no existiría un mecanismo de solución de diferencias realmente efectivo.

El arbitraje de inversión surge como alternativa a este esquema, se habla incluso de su efecto de “despresurización política”⁶⁰, que contribuye al equilibrio en la controversia ante las desigualdades económicas y políticas de los Estados. Además, presenta las ventajas propias del arbitraje en general, como la rapidez y especialización de los árbitros, frente a lo ofrecido por los tribunales internos. Sin embargo, la práctica arbitral ha puesto de manifiesto que estas ventajas no se materializan en todos los casos, y por tanto hay que afirmarlas sabiendo que no son absolutas, sobre todo al hablar de celeridad y economía⁶¹. La flexibilidad característica del arbitraje de inversiones, permite que los árbitros apliquen tanto Derecho interno del Estado receptor de la inversión, como reglas del Derecho internacional, y a través esta aplicación conjunta podrían resolver en un solo procedimiento los problemas internos e internacionales del objeto del litigio⁶². Sin embargo, lo cierto es que existe una tendencia creciente al empleo del Derecho internacional general.

El arbitraje previsto en los Acuerdos internacionales de inversión implica el establecimiento de un *ius standi* internacional a los inversores extranjeros, lo que les permite reclamar directamente contra un Estado soberano en un foro extraterritorial, extrayendo la controversia de la jurisdicción de los tribunales internos, que en su caso, pudieran ser competentes. Esto constituye una importante excepción a la falta de personalidad jurídica internacional del individuo, superando definitivamente el sistema de la protección diplomática, aunque no lo reemplaza⁶³.

⁶⁰ I. Iruretagoiena Aguirrezabalaga, *Operatividad del arbitraje...op. cit.* p. 198-199.

⁶¹ J.C. Fernández Rozas, “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009, pp. 13-37.

⁶² I. Iruretagoiena Aguirrezabalaga, *loc. cit.*

⁶³ C. Jiménez Piernas (Dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica española*. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 440-441.

Sin embargo, a pesar de que el arbitraje de inversiones es la vía principal para la resolución de controversias entre Estado e inversor, no pueden negarse sus dificultades sistémicas, de legitimación y falta de transparencia. Además, han sido muy numerosas las reclamaciones abusivas que se han dado en los últimos años por parte de los inversores, aún ante medidas regulatorias legítimas y de carácter general, destinadas a la reconducción de situaciones de crisis económicas de extraordinaria envergadura como la acaecida en Argentina a finales de 2001 y principios del 2002. A ello ha contribuido en gran medida la incertidumbre propia de los conceptos ambiguos e indeterminados que incorporan los APPRI⁶⁴. Esto ha hecho que varios países latinoamericanos muestren una actitud crítica con el arbitraje principalmente del CIADI, lo que ya se ha manifestado en el abandono de la institución por Bolivia el 2007 y Ecuador en el 2009; Nicaragua y Venezuela ya lo han anunciado, a la vez que examinan la viabilidad de instituciones alternativas. Asimismo, los Estados están insertos en procesos de renegociación de sus Tratados de inversiones, procurando quedar menos expuestos a las reclamaciones de los inversionistas y dar más eficacia y legitimidad al proceso de solución de diferencias. En este sentido también se están revisando en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) las reglas internacionales de arbitraje. En 2010, fue revisado el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, con el objetivo de adaptarlo a las nuevas modalidades de arbitraje, pues en principio fue ideado para las controversias comerciales internacionales, aunque se ha venido utilizando en el ámbito del arbitraje en materia de inversiones⁶⁵. Estos problemas que hacen pensar en una crisis del sistema arbitral en la solución de controversias inversor – Estado, serán explicados con más detenimiento en el siguiente acápite.

⁶⁴ Situación que los Estados pretenden paliar renegociando los Tratados, y los árbitros entre otras cosas, establecido una diferenciación entre reclamaciones provenientes del Tratado y reclamaciones con origen en un contrato de Estado, como se puso de manifiesto en *Vivendi c. Argentina*.

⁶⁵ La CNUDMI estuvo trabajando en la realización de un nuevo Reglamento modelo, específico para el arbitraje de inversiones, ante lo inadecuado que resultaba el Reglamento de 1976

2. Evolución y diferencias respecto al comercial internacional. Confidencialidad y privacidad vs. transparencia y publicidad.

Resulta necesario realizar una valoración acerca del distanciamiento progresivo y configuración propia que ha ido adquiriendo el arbitraje en materia de inversiones respecto de arbitraje comercial, del que ciertamente trae origen⁶⁶. La idea cobra más fuerza ante el hecho de que muchos litigios sobre inversiones, en los que generalmente existe un importante trasfondo público, se someten a un arbitraje administrado por instituciones privadas que no estaban establecidas para resolver diferencias entre inversor y Estado, sino para disputas comerciales entre empresas, escapando de esta forma a exigencias que deben caracterizar al arbitraje de inversiones.

A diferencia del arbitraje comercial que tiene su fundamento en un convenio arbitral privado, el sometimiento de una controversia a arbitraje de inversión tiene su base en los Tratados bilaterales y/o multilaterales suscritos entre los Estados. En estos instrumentos viene recogido el consentimiento estatal (aunque también puede que se contemple en la propia normativa interna), otorgando un derecho a favor del inversor extranjero de iniciar el arbitraje y por ello se dice que el arbitraje de inversiones tiene un contenido eminentemente unilateral⁶⁷. Esto hace que los árbitros tengan que pronunciarse previamente sobre la existencia o no de la inversión⁶⁸ y acerca de la nacionalidad o residencia del inversionista, para verificar si el demandante puede acogerse a esta modalidad arbitral. En consecuencia, el arbitraje unilateral actúa independientemente de la existencia o no de una relación contractual previa entre las partes que enfrentadas, el derecho a iniciar el arbitraje por parte del inversor proviene, como se ha dicho, de la “oferta abierta”⁶⁹ que hace el Estado en el Tratado internacional. En cambio, si el Estado es el que quiere iniciar el arbitraje frente al

⁶⁶ B. M. Cremades y D. J. Cairns, “El arbitraje en la encrucijada...”*loc.cit.*

⁶⁷ J.C. Fernández Rozas, “El arbitraje internacional y sus dualidades”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XV, 2006, pp 1-24. El autor expresa que este rasgo particular hace que un sector doctrinal le denomine también “arbitraje transnacional unilateral” o “arbitraje sin vínculo contractual”. En países de habla inglesa es conocido como arbitraje *without privity*. El consentimiento del inversor se entiende manifestado cuando este activa el mecanismo del arbitraje, B. Cremades y D Cairns, “El arbitraje en la encrucijada...”*op. cit.* 29-30, en base a la jurisprudencia arbitral en el caso *Lanco International Inc v The Argentine Republic*

⁶⁸ Aquí es donde cobra gran importancia la noción de inversión explicada al principio de este trabajo, pues determinará en gran medida el ámbito de protección que se brindará a la actividad inversora. En base a ello materias que tradicionalmente eran ajenas al arbitraje de inversiones ahora quedan cubierta por este.

⁶⁹ B. Cremades y D. Cairns, “El arbitraje en la encrucijada...”*loc.cit.*

inversor sí debe existir el acuerdo convencional de arbitraje en que ambos manifiesten su consentimiento.

Por otra parte, en lo que a laudos se refiere, los dictados en un arbitraje de inversiones se configuran a partir del Derecho internacional público, pudiendo hacer remisiones al Derecho interno, como se ha visto. En cambio los laudos dictados en un arbitraje comercial se conforman según lo que las partes hayan previsto respecto al Derecho aplicable.

La importancia de la sede arbitral también sufre variaciones en dependencia del tipo de arbitraje. En el arbitraje comercial internacional la elección del lugar de arbitraje adquiere gran relevancia, de ello van a depender cuestiones como la determinación de la ley rectora del procedimiento, las relaciones entre los tribunales internos y los árbitros, así como las normas que regirán, en su caso, el control del laudo arbitral⁷⁰. Esta importancia disminuye en el caso del arbitraje de inversiones ante el CIADI, con un régimen jurídico autosuficiente y sin necesidad de complementos externos⁷¹. Sin embargo, en los demás arbitrajes de inversión (los no- CIADI), la importancia de la sede arbitral continúa siendo de grande, y la intervención de los ordenamientos y órganos jurisdiccionales internos es notoria.

No obstante, la diferencia con mayor repercusión entre ambos tipos de arbitrajes, es el interés público existente en los litigios sometidos a arbitraje de inversiones. Esto hace que las notas de confidencialidad y privacidad que han caracterizado al arbitraje tradicional (entiéndase arbitraje comercial) deben ceder ante los reclamos de publicidad y transparencia exigibles al de inversiones⁷², como se ha dicho en el acápite anterior y ahora se ampliará. Esta falta de transparencia ha sido el motivo de duras críticas al arbitraje, centradas en la falta de legitimidad del mecanismo, lo cual probablemente sea la manifestación más evidente de la crisis por la que atraviesa la institución arbitral.⁷³

⁷⁰ J. C. Fernández Rozas, "Determinación del lugar del arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral", *Lima Arbitration. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, n° 2. pp. 25-62.

⁷¹ J. A. Rueda García, "La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio". *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, N° 1, pp. 203-232. J.C. Fernández Rozas, "América Latina y el arbitraje de inversiones...*loc. cit.*

⁷² J.C. Fernández Rozas, "América Latina y el arbitraje de inversiones...*loc. cit.*

⁷³ I. Iruretagoiena Aguirrezabalaga "Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad del arbitraje de inversión." *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol.I, n°1, 2008, pp. 139-164.

Los Estados⁷⁴, tribunales, e instituciones no han sido ajenos a este reclamo y se han tomado algunas iniciativas, que buscan un arbitraje más transparente:

Los tribunales arbitrales han venido admitiendo la participación de terceras personas en el procedimiento arbitral a través de la presentación de escritos u otros documentos en calidad de *amicus curiae* (amigos de la corte). Decisiones arbitrales como la del caso CIADI *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina* han señalado que la aceptación de *amicus curiae* tiene como consecuencia beneficiosa adicional el incremento de la transparencia en el procedimiento de arbitraje entre inversionistas y Estados⁷⁵. Lo cual contribuye de forma positiva al incremento de la legitimidad del arbitraje de inversión, y en este sentido las Reglas de Arbitraje del CIADI y las Reglas del Mecanismo Complementario se han modificado en el 2006, otorgando al Tribunal arbitral la facultad de permitir, consultando en la medida de lo posible a las partes, que se efectúen ante él presentaciones escritas de los *amicus curiae*⁷⁶.

Por otra parte, se ha querido facilitar al acceso a la información de los procedimientos arbitrales, lo cual ciertamente permitiría a la sociedad civil un control sobre la actuación de estos tribunales⁷⁷. Sin embargo, la reforma de las Reglas de Arbitraje del CIADI y del Mecanismo Complementario han resultado ser completamente insuficientes: y es que la limitación se encuentra en el propio Convenio de Washington que les da origen; su artículo 48.5 dispone que : “*el Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes.*”

En cuanto a la apertura al público de las audiencias y realizar exposiciones orales en las mismas, el consentimiento de las partes continúa jugando un papel esencial en su permisión, a pesar de que, recordemos, están en controversia cuestiones de un innegable

⁷⁴ Ejemplo de ello lo constituyen los nuevos modelos de Tratados bilaterales de inversión de EEUU y de Canadá, que han incorporado disposiciones relativas al deber de hacer públicas las decisiones arbitrales, reconocen expresamente la facultad de los tribunales arbitrales para aceptar y tomar en cuenta las alegaciones de *amicus curiae*.

⁷⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, pár.22.

⁷⁶ *Vid.* art. 37.2 de las Reglas de Arbitraje del CIADI y art.41 de las Reglas del Mecanismo Complementario.

⁷⁷ I. Iruretagoiena Aguirrezabalaga “Atenuación de los rasgos de confidencialidad...*Loc. cit.*”

interés general. Podría pensarse que la apertura del arbitraje al público conllevaría consecuencias negativas como la politización y mediatización de los litigios⁷⁸. Sin embargo, lo cierto es que en casos como *Methanex c. EEUU*, el Tribunal arbitral de TLCAN bajo reglas arbitrales de la CNUDMI, con el consentimiento de las partes permitió que terceras personas estuvieran presentes en las audiencias orales⁷⁹, sin que se hubieran registrado estos problemas. Los aspectos positivos de la publicidad hacen prácticamente insignificantes los que pudieran ser negativos.

La necesidad de transparencia en el arbitraje de inversiones es tal, que actualmente la CNUDMI está trabajando en la realización de un *Proyecto de Reglamento sobre la transparencia exigible en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión*. Con la finalidad de que haya verdaderas oportunidades de participación pública y de soluciones justas y eficaces de las controversias para las partes. Promoviendo así la legitimidad en este tipo de arbitrajes, que presenta como se ha dicho un gran trasfondo público.

No obstante, los pasos dados resultan insuficientes para lograr la evolución necesaria hacia un arbitraje de inversión más transparente, y más cercano al conocimiento de la opinión pública sobre la actividad de unos tribunales arbitrales que deciden sobre cuestiones que pueden afectar a la sociedad en su conjunto. La legitimidad del sistema ciertamente continúa siendo delicada. Los procedimientos están fuera del ámbito público (la apertura de las audiencias depende de la voluntad de las partes) y laudos dictados puede que nunca lleguen a conocerse en el CIADI si las partes no están de acuerdo en ello, a pesar de la naturaleza pública de los intereses en liza y la entidad de los terceros que pueden quedar afectados.

⁷⁸ OCDE, “Transparency and third party participation in investor-State Dispute Settlement Procedures. Statement by the OCDE Investment Committee”, *Working papers on international investment*, Junio 2005, Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/25/3/34786913.pdf>.

⁷⁹ *Methanex c. EE.UU*, decisión final del Tribunal sobre jurisdicción y fondo, de 3 de agosto de 2005, párrs 26-30.

3. El arbitraje de inversiones en los APPRI como medio de garantía y promoción de inversiones. Problemas del sistema convencional.

Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones han tenido una relevancia determinante en el crecimiento que ha experimentado la IED en las últimas décadas. Actualmente constituyen los instrumentos básicos por los que se regula la protección jurídica de la actividad inversora, ante la inexistencia de un gran Tratado multilateral en la materia⁸⁰. Por otra parte, la proliferación de estos acuerdos ha sido directamente proporcional a la expansión del arbitraje de inversiones, incluido en aquéllos como una garantía más de protección a la actividad inversora.

La era moderna de los acuerdos de inversión comienza en 1959, con el APPRI suscrito entre Alemania y Paquistán el 25 de noviembre⁸¹. A partir de finales de la década de los setenta EEUU emprende su promoción con la finalidad de proteger las propiedades de sus inversores en plena Guerra Fría. Aunque la negociación de los APPRIs viene a aumentar en el proceso de liberalización del régimen de inversiones ya descrito, de mediados de los ochenta y principio de los noventa, ante el interés de los países en vía de desarrollo de atraer nuevas inversiones extranjeras. El incremento ha sido tal, que a mediados del 2010, los APPRIs en el mundo registrados por la UNCTAD ascendían a 2757.⁸²

El objetivo primordial de los APPRIs es procurar la protección del inversor ante riesgos no comerciales (*favor inversionis*)⁸³, y la gran mayoría de ellos cuando entran en vigor amparan tanto las inversiones futuras como las realizadas con anterioridad. Mediante estos Acuerdos las partes se obligan recíprocamente a otorgar a los inversores de la otra parte un determinado estándar de protección, generalmente compuesto por el derecho a un trato justo y equitativo, a un trato nacional (TN), de nación más favorecida (NMF), una indemnización efectiva y adecuada en caso de expropiación ya sea directa o indirecta, y el derecho a la libre transferencia de los beneficios obtenidos de las

⁸⁰ E. Fernández Masiá, "El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica". *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, nº3, 2009, pp. 741-760.

⁸¹ Cfr. R. Dolzer and C. Schreuer, *Principles of international...op. cit.*, pp. 17-24.

⁸² UNCTAD, *World Investment Report 2010: Investing in a Low-carbon Economy (WIR10)*, Nueva York, Naciones Unidas, 2010, disponible en <http://www.unctad.org>.

⁸³ I. García Rodríguez, "Pluralismo jurídico en inversión extranjera: las controversias entre el inversor y el estado receptor", *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1563- 1592.

inversiones realizadas⁸⁴. Aunque ciertamente la indeterminación de estos conceptos jurídicos y de su contenido obligacional, ha provocado una situación de inseguridad jurídica en los Estados receptores ante posibles reclamaciones desmedidas de los inversores extranjeros, lo cual puede incidir negativamente en la actividad normativa y en la toma de decisiones con incuestionable trasfondo público como pueden ser las de ámbito social, medio ambiental o incluso económicas para fomentar el desarrollo. La negatividad de esta contención preventiva, ha hecho que los Estados revisen las disposiciones más problemáticas de los actuales APPRI, tratando de abarcar el elemento sustantivo de una forma más coherente y completa, con el ánimo de clarificar el sentido y asegurar una mayor predictibilidad⁸⁵.

Sin embargo, estas previsiones de protección mencionadas no serían una garantía jurídica suficiente para los inversores si estos no tuvieran la opción de acudir al arbitraje internacional (sin perjuicio de que existan otros mecanismos) ante un posible incumplimiento del Estado receptor de las obligaciones asumidas. En efecto, los APPRI contemplan una “internacionalización”⁸⁶ de los mecanismos de solución de diferencias entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión, permitiendo que el primero pueda sustraer el contencioso de los tribunales internos del segundo. El reconocimiento de este *ius standi* (acceso directo al Tribunal) de los inversores frente a los Estados constituye una de las aportaciones más importantes de estos acuerdos: el inversor obtiene legitimidad para reclamar y proteger él mismo sus intereses, cosa que antes dependía de la protección diplomática que pudiera o no, ejercer el Estado de su nacionalidad⁸⁷.

Las disposiciones sobre arreglo de controversias que presentan los Acuerdos de inversiones suelen ser ciertamente variadas. No obstante en la gran mayoría de ellos se establece que los inversores que sostengan una diferencia con un Estado receptor

⁸⁴ Para un análisis del estándar de protección de los APPRI más completo y de forma comparada *vid.* R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of international...loc. cit.*

⁸⁵ *Vid.* en este sentido, R. Muñiz, “El arbitraje inversionista-Estado”. Ponencia presentada en el *Congreso Latinoamericano y Caribeño*, La Habana 2010. Disponible en <http://www.ohadac.com/otras-contribuciones.html>.

⁸⁶ J. Díez-Hochleitner, “El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRI”. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, Nº 11, 2005, pp. 49-65.

⁸⁷ Sin embargo, la existencia de un APPRI en el que se le reconozca *ius standi* al inversor, no excluye necesariamente la posibilidad de recurrir a la protección diplomática. Los APPRI como se ha dicho con anterioridad en este trabajo, constituyen un medio alternativo, y no sustitutivo de la mencionada protección.

puedan, luego de transcurrido un plazo de negociaciones amistosas, someter la controversia a los Tribunales internos del Estado receptor o a un Tribunal arbitral internacional⁸⁸. Este modelo de dos posibilidades excluyentes entre sí y que se conoce como cláusula de bifurcación en el camino (*fork in the road*, en la terminología inglesa), es el empleado en los APPRIs suscritos por Cuba que se verán más adelante. Otro modelo también extendido, establece que una vez superado el plazo de negociaciones amistosas sin que se haya llegado a un acuerdo con el Estado huésped, el inversor deberá someter la controversia primeramente a los tribunales internos, pudiendo designar un órgano arbitral si el tribunal nacional no dictase sentencia en un determinado período de tiempo, o si a pesar de ello la controversia continúa entre las partes.

Como puede apreciarse, estos Tratados conllevan un arbitraje sin convenio arbitral previo: a favor del inversor surge un Derecho al arbitraje que proviene de una “oferta abierta” que hace el Estado en el propio acuerdo. Sin embargo, si fuera el Estado quien deseara someter su controversia con el inversor extranjero a arbitraje internacional esta posibilidad le quedaría vedada, a menos que existiera un acuerdo convencional de arbitraje.

Los APPRIs se han configurado como instrumentos esenciales para crear un entorno de seguridad al inversor extranjero. Las garantías que ofrecen ante los numerosos riesgos no comerciales conllevan a la promoción e incentivo la actividad inversora, siendo valorados como una importante condición previa por los inversores que cruzan las fronteras en búsqueda de nuevos mercados.

Sin embargo, llegados a este punto una pregunta se hace necesaria ¿Si los APPRI son tan beneficiosos en el fomento de la protección y promoción de la IED, por qué los países desarrollados no se suscriben entre sí este tipo de acuerdos? Es conocido que a finales de 2010 los índices de entrada de IED en los países más desarrollados decreció

⁸⁸Los APPRIs suelen regular mecanismos para dos tipos de controversias. En primer lugar las que son entre Estados Parte, relativas a la “interpretación y aplicación” del Tratado bilateral, pertenecientes al campo de estudio del Derecho internacional público. En segundo lugar las controversias propiamente derivadas de la inversión, que enfrentan a un inversor de un Estado Parte con el otro Estado, receptor de la inversión, estas últimas son el objeto de este estudio. Generalmente el plazo de negociaciones amistosas es de 6 meses, que comienza a correr desde que el inversor notifica por escrito a una autoridad competente del Estado receptor que existe tal la diferencia.

hasta un 7 %⁸⁹. Además, en el seno de estos países también surgen controversias con los inversores exteriores dignas de protección, pues al igual que sucede en los Estados en vías de desarrollo, los órganos jurisdiccionales internos pueden ser propensos a cierta parcialidad cuando hay un elemento de extranjería. A nuestro entender, la razón principal de la negativa se encuentra en el gran desequilibrio existente en los APPRI respecto a los derechos y obligaciones de inversores y de Estados, lo que se constata fácilmente si apreciamos la desigualdad de los países que los firman. Aún así los Estados en vía de desarrollo los suscriben, acuciados por la necesidad de buscar una fuente externa de financiación, ante la insuficiencia de capital propio y tecnología bastante para explotar sus recursos naturales y alcanzar los objetivos de desarrollo. Esto evidentemente no sucede en los Estados ricos, los cuales evitan suscribir APPRI entre sí y quedar expuestos a las reclamaciones internacionales y en ocasiones abusivas de los inversores, cubiertas por ambigüedad y amplitud de los términos que suelen emplear estos acuerdos. La incertidumbre creada por estos factores puede restringir de manera muy sensible la capacidad normativa de los Estados a la hora de tomar medidas en defensa del interés común. Por tanto, el sistema de Acuerdos de inversión debe configurarse de una manera tal que se persiga no solo protección del inversor extranjero, sino también que se preserven los derechos soberanos de los Estados⁹⁰.

Ante la realidad práctica de estos argumentos, las posturas más radicales han llegado a sostener que los APPRI constituyen una imposición de las potencias económicas del norte, y representan un obstáculo para el desarrollo de los países más pobres⁹¹. Sin embargo, lo cierto es que estos Tratados han logrado crear un clima favorable para el desempeño de la actividad inversora y a ellos han acudido Estados de toda orientación ideológica para atraer capital extranjero⁹². Además, probablemente los APPRI sean más beneficiosos para los Estados en vías de desarrollo que un gran acuerdo multilateral

⁸⁹ UNCTAD, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2011*, Nueva York y Ginebra 2011, disponible en http://www.unctad.org/sp/docs/wir2011overview_sp.pdf.

⁹⁰ I. García Rodríguez, “Pluralismo jurídico en inversión extranjera...*op.cit.* p.1568; I. Iruretagoiena Aguirrezabalaga, *Operatividad del arbitraje...op.cit.* pp. 184-191.

⁹¹ P. Zabalo, “Los Acuerdos Internacionales sobre Inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina”. *Rev. de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas, UNMSM*, Vol. 11, N° 22, Lima, 2008, pp. 27- 39; A. Teitelbaum, “El ALCA entre nosotros: los tratados bilaterales de libre comercio”. *Ponencia en III Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI*. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, 08 al 10 de septiembre de 2004. Disponible en: www.bilaterals.org.

⁹² Cuba, país que expresamente ha manifestado su repulsa al liberalismo, ha celebrado 62 de estos Acuerdos de inversión. También resulta llamativo en otro sentido, el ejemplo de Brasil, país que hasta la fecha no ha ratificado ningún Acuerdo internacional de inversiones (aunque sí ha firmado catorce) y sin embargo recibe los mayores flujos de IED en América Latina. CEPAL 2011.

en la materia, al permitirles negociar según sus condiciones específicas y orientar mejor la inversión extranjera que reciben.

IV. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN CUBA VISTO DESDE LOS APPRI.

En Cuba el arbitraje internacional (tanto comercial como de inversiones) presenta diferencias relevantes con el practicado en la mayoría de los países. En virtud de su sistema político y de producción, el Estado cubano posee el control sobre la economía y el comercio exterior⁹³ y por ende sobre la inversión extranjera, lo que conlleva como rasgo más visible la selección y aprobación puntual de cada proyecto. Las empresas litigantes serán generalmente de naturaleza estatal, mixta (con el Estado cubano como socio) o empresas extranjeras con intereses en Cuba por asociación o contratos. Aunque no existe una Ley de arbitraje propiamente dicha, el recurso a este mecanismo encuentra cobijo legal en el Decreto-Ley nº 250, de 30 de julio de 2007 sobre la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, mediante el cual se actualiza el sistema arbitral, acercándolo considerablemente al establecido en la Ley Modelo de la CNUDMI. Por otra parte, todos los APPRI suscritos por la isla (62, de los cuales son 39 los que están en vigor) contemplan la posibilidad de que el inversor extranjero pueda acudir al arbitraje internacional como medio para la resolver las controversias que puedan surgir con el Estado en que tuvo lugar la inversión, sin tener que transitar necesariamente por los tribunales nacionales⁹⁴.

En este apartado se verá cómo el panorama general del arbitraje de inversiones se presenta a la luz de los APPRI suscritos por Cuba, analizando en consecuencia los principales aspectos jurídicos de una realidad muy poco conocida. La gran mayoría de estos acuerdos en la cláusula de solución de controversias entre inversionistas y el Estado receptor, se refieren a un plazo de negociaciones amigables para intentar arreglar las diferencias (que oscila entre tres y seis meses), transcurridos los cuales y en ausencia

⁹³ Arts. 14 y 18 respectivamente, de la Constitución Cubana de 1976.

⁹⁴ Hay casos como los Acuerdos suscritos con Turquía y China que establecen la necesidad de que el inversor acuda previamente a los tribunales internos y si estos no han resuelto en determinado tiempo, o la controversia continúa, el inversor podrá acudir a un Tribunal arbitral. No obstante, esta es una tendencia muy minoritaria, que se emplea tanto en Cuba como a nivel global, como ya se ha visto.

de acuerdo, el inversor extranjero podrá elegir someter la controversia indistintamente⁹⁵
a:

- (I) Los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión (jurisdicción nacional). En la práctica constituye la opción que menos han utilizado los inversores extranjeros.
- (II) Arbitraje Institucional, generalmente ante la Cámara de Comercio Internacional de París en la que se han dado la mayoría de los casos. También pueden encontrarse referencias al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio en Estocolmo⁹⁶, o incluso al CIADI⁹⁷ a pesar de que Cuba no es Estado parte de la Convención de Washington de 1965 por la que se crea el Centro, ni de su Mecanismo Complementario.
- (III) Arbitraje *ad hoc* (desarrollado según reglas de arbitraje preexistentes, generalmente las de la CNUDMI). Esta posibilidad está contemplada en todos y cada uno de los acuerdos de inversión, incluso en algunos Tratados como los suscritos con Alemania, China, Bolivia o Chile, es el único tipo de arbitraje al que pueden acudir los inversores extranjeros.

Como puede apreciarse, es el inversionista y no el Estado huésped quien tiene la opción para decidir el foro de competencia que deberá resolver el conflicto. Sin embargo, este es un derecho que en los APPRI firmados por Cuba suele plantearse de forma excluyente⁹⁸, de manera tal que una vez se ejercite esta opción, no se puede acudir a los demás mecanismos previstos en el Acuerdo para resolver la misma controversia, pues presenta un carácter de preclusión. Como se mencionó antes, es lo que la Doctrina ha venido a denominar “cláusula de bifurcación en el camino” (*fork in the road*), y esencialmente pretende evitar el riesgo de sentencias y laudos contradictorios, consustancial a la duplicidad de procedimientos.

⁹⁵ Estas tres alternativas son las que se aprecian una vez analizado el conjunto de acuerdos de inversiones.

⁹⁶ Acuerdo suscrito con la Unión Económica Belga- Luxemburguesa.

⁹⁷ Acuerdos suscritos con México y con Perú.

⁹⁸ Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el APPRI entre España y Cuba, firmado en 1994.

Por otra parte, en cuanto al Derecho aplicable, los acuerdos de inversión suscritos por Cuba prevén que el arbitraje internacional se base las propias disposiciones del Acuerdo así como en otros Tratados en vigor entre las Partes Contratantes, reglas y principios del Derecho internacional generalmente admitidos y en el Derecho interno del Estado en que se ha llevado a cabo la inversión (incluidas las normas de conflicto de leyes). Sin embargo, veremos la problemática que esto presenta en el caso de las controversias meramente contractuales, en las que generalmente el Tribunal arbitral constituido con fundamento en un APPRI carecerá de jurisdicción, pues el objeto de la controversia que se le someta no puede ser otro que la violación del propio Acuerdo. En este supuesto, como afirma Zambrana Tévar, el arbitraje de inversiones se está configurando como un método de resolución de controversias en el que mayoritariamente se aplica el Derecho internacional⁹⁹. Ello no quita que el Derecho interno del Estado receptor sea operativo a la hora de determinar los hechos o en la interpretación de las normas internas frente a las cuales reclama el inversor. En todo caso, parece aceptado que las propias disposiciones del Acuerdo de inversión y las normas de Derecho internacional general prevalecen, en caso de conflicto sobre el Derecho interno del Estado receptor.

El arbitraje internacional también se prevé en los APPRI suscritos por el Estado cubano para la resolución de controversias que puedan surgir entre las Partes Contratantes (los Estados), derivadas de la aplicación o interpretación de los propios acuerdos de inversión. Sin embargo, este tipo de controversias exceden el objeto de estudio del presente trabajo, al pertenecer al campo de estudio del Derecho internacional público.

1. Tribunales nacionales.

Desde todo punto de vista, lo razonable y lógico será que el inversor tienda a no elegir el foro de la jurisdicción nacional¹⁰⁰. No lo hará por el simple hecho de tener disponibles otras opciones que le garantizan una jurisdicción neutral, despolitizada y en total pie de igualdad con el Estado huésped de la inversión, rasgos que no suelen manifestar los tribunales internos en litigios con un elemento extranjero, sean del país

⁹⁹ N. Zambrana Tévar, *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*. Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 47 a 56.

¹⁰⁰ Cuestión aparte es la diferenciación que pueda hacerse entre derechos derivados del Tratado y derechos contractuales, los cuales sí deberán ejercitarse vía tribunales nacionales, generalmente administrativos.

que sean. En consecuencia, la actividad de los tribunales cubanos ha sido muy baja al respecto, la práctica ha demostrado que los inversores extranjeros no acuden a esta vía. Al parecer no es suficiente que la Carta Magna cubana establezca en su artículo 122 que “*en la función de impartir justicia los Jueces son independientes, no debiendo obediencia más que a la Ley*”. Haciendo una breve descripción del sistema judicial cubano, podemos establecer que este se estructura en torno al Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye. Los Tribunales conforman un sistema de órganos estatales con independencia funcional, encontrándose subordinados jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado¹⁰¹. El Tribunal Supremo Popular ejerce la máxima autoridad judicial y sus decisiones en este orden son definitivas.

Sin embargo, la competencia de los tribunales nacionales también puede venir establecida, además de por los APPRI, por los contratos suscritos entre el inversor y entidades del Estado como los de concesión o producción cooperada¹⁰². Contratos que también crearán derechos y obligaciones para los inversores extranjeros y que se diferencian de los otorgados por los Acuerdos de inversión. En consecuencia, varias voces de la Doctrina más autorizada¹⁰³ sostienen que también debe existir una distinción entre posibles reclamaciones derivadas del contrato (*contractual claim*) y las que provienen del APPRI (*treaty claim*), por lo que si el inversor quiere hacer valer un derecho del contrato tendrá que ceñirse a los mecanismos de solución de controversias que el contrato presente, pero si quiere hacer valer un derecho otorgado por el APPRI prevalecerán los foros que establezca el Tratado, pudiendo ejercitar ambos simultáneamente, aunque con el riesgo a una duplicidad de procedimientos. Tanto el APPRI como el contrato constituyen dos fuentes independientes de derechos. Esta distinción que conceptualmente tiene relativa sencillez, en la práctica¹⁰⁴ se ha

¹⁰¹ Órgano que representa a la Asamblea General cuando no está reunida. El Presidente del Consejo de Estado es a su vez el Jefe de Estado y de Gobierno.

¹⁰² Pude ser incluso que los mecanismos de solución de controversias que planteen APPRI y contrato sean distintos, permitiendo el primero el recurso al arbitraje internacional, y en cambio el segundo estableciendo una competencia exclusiva de los tribunales internos del Estado.

¹⁰³ B.M. Cremades y D.J. Cairns, “La seguridad jurídica en las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los Tratados”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2004 pp. 69-93; J. Díez-Hochleitner, “El arbitraje internacional como cauce de protección...*loc.cit.*”

¹⁰⁴ El ejemplo más evidente quizá se encuentre en *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. La República de Argentina*, caso CIADI N° ARB/97/3. La Decisión de Anulación de 3 de julio de 2002, 41 ILM 1135 a 1156 (párrafo 105)(2002) establece que “(...)Una cosa es ejercer una jurisdicción contractual (discutiblemente cedida con carácter exclusivo a los tribunales administrativos

demostrado que presenta una gran complejidad, dado que unos mismos hechos pueden servir de apoyo tanto a reclamaciones del Tratado como del contrato. Esto hace que realmente los inversores decidan limitar su acción legal a un solo foro, ejercitando sólo los derechos derivados del Tratado, que garantizan en el caso de los APPRI suscritos por Cuba el acceso al arbitraje internacional. La excepción puede verse en lo que se ha llamado como *umbrella clause*, mediante las cuales las Partes contratantes del Tratado extienden la protección del mismo a *cualquier otro compromiso* asumido por el Estado receptor respecto a una inversión y en este sentido las obligaciones contractuales se convierten en obligaciones convencionales. Un ejemplo de estas cláusulas lo podemos encontrar en el APPRI suscrito entre la República de Cuba y Alemania, cuyo artículo 8.2 establece que “*Cada parte contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones efectuadas por los nacionales o sociedades de la otra Parte contratante en su territorio*”. En consecuencia, todo incumplimiento del contrato se convierte automáticamente en incumplimiento del APPRI.

Otros autores en cambio, sostienen que la distinción entre reclamaciones derivadas del contrato y reclamaciones derivadas del Tratado no es más que *una argucia de los letrados para evitar el arbitraje y potenciar la sumisión a los tribunales locales*¹⁰⁵. Siguiendo este razonamiento, debido a la amplitud del término *inversión* existente en APPRI como los de Cuba, cualquier diferencia de las partes derivada de la inversión (incluidas las obligaciones contractuales) podría ampararse en las cláusulas del APPRI, ya que este Tratado sería el marco legal de las inversiones en los Estados parte¹⁰⁶. Posturas como estas, que pretenden desvirtuar el concepto de inversión ampliando cada vez más el rango materias sometidas a la protección del arbitraje internacional, son las que han provocado que los Estados se decidan por denunciar o renegociar los Acuerdos bilaterales. En el caso de Cuba, hasta el momento han sido dos los Tratados renegociados y uno nuevo, en los que se ha buscado una mayor precisión del término inversión, en el sentido de señalar expresamente la normativa interna de referencia en

de Tucumán en virtud del contrato de concesión) y otra tener en cuenta los términos de un contrato al establecer si ha habido una infracción de una norma diferente de derecho internacional, tal como la reflejada en el Artículo 3 del TBI”.

¹⁰⁵ I. García Rodríguez, “Pluralismo jurídico...*op.cit* pp. 1586-1587.

¹⁰⁶ Recordemos que el APPRI entre España y Cuba sostiene que “*Por inversiones se designa todo tipo de activos tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión (...)*”

torno a la Ley 77, dejando menos libertad de interpretación a los árbitros una cuestión considerada muy sensible, debido a la propia política de control y selección ejercida sobre las inversiones.

2. Arbitraje Institucional. Análisis del marco convencional internacional y regional.

El arbitraje institucional presenta como uno de sus principales valores el hecho de contar con una estructura organizada que guía el desarrollo y la administración de los procedimientos. Así se provee a las partes en litigio de una mayor seguridad jurídica, más aún cuando una de ellas se niega a colaborar. Sin embargo, las instituciones arbitrales no incluyen entre sus funciones la resolución de la controversia, no solucionan el conflicto planteado, esta es una actividad exclusiva del Tribunal arbitral y configura la esencia de esta modalidad de arreglo de diferencias¹⁰⁷.

En el modelo arbitral cubano se encuentran referencias constantes al arbitraje institucional, al que se acude frecuentemente en la práctica para resolver los litigios en materia de inversiones, a pesar de que el país no ha firmado el Convenio del CIADI ni forma parte del Mecanismo Complementario. Sin embargo, ¿Por qué Cuba acude a instituciones privadas cuyo objeto principal es el arbitraje comercial y no a un Centro especializado en arbitraje de inversiones como es el CIADI? A esta y otras interrogantes se dará respuesta a continuación.

A) Cuba y la CCI de París.

La Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París (CCI) establecida en 1923, es la institución privada de arbitraje con carácter más global en la actualidad. Especializada en la solución de controversias comerciales internacionales, suele ser la opción institucional más utilizada en los APPRI suscritos por Cuba, así se acredita en los acuerdos firmados con España, Bélgica, Panamá, México, Países Bajos o Reino Unido, por solo citar algunos. Entre las características más relevantes de esta institución, está la de garantizar con especial insistencia la confidencialidad de los

¹⁰⁷ J.C. Fernández Rozas, "Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales." *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIII, 2008, pp. 71-104

procesos y posteriores laudos dictados en su seno. Algo que si bien es deseable para el arbitraje comercial de carácter privado, plantea problemas de transparencia y legitimidad en el arbitraje de inversiones por el indiscutible trasfondo público que este presenta, tal y como ha quedado demostrado con anterioridad en este trabajo. En Cuba hay voces que abogan por la conveniencia de acudir al arbitraje *ad hoc* o a otras instituciones regionales distintas de la CCI de París, donde no han sido poco los casos que se han perdido, consecuencia según algunos, del preestablecido sistema de selección de árbitros que tiene la Corte¹⁰⁸.

B) Arbitraje ante el CIADI. Prohibición estadounidense y negativa cubana a participar en el modelo.

Además de la opción de la CCI, en APPRIs como el firmado con México en 2001, se alude de forma un tanto desconcertante a las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI como medio de resolución de controversias. Vale recordar aquí que tales reglas fueron creadas para el supuesto en que una de las Partes no fuera Estado miembro del Convenio de Washington de 1965. Claro está, ni Cuba ni México son Estados parte de este Convenio, lo cual nos hace pensar en un posible error de las Altas Partes, pues esta cláusula resulta completamente inaplicable. Todo ello sin entrar a analizar la existencia de la Ley Helms- Burton, que recrudece el embargo que mantiene EEUU hacia Cuba y hace inviable este foro de competencia respecto a cualquier controversia entre inversor y Estado en la que esté involucrada la Isla.

Sin embargo, para entender mejor las razones que hacen que Cuba, existiendo en la esfera global una Institución especializada en materia de arbitraje de inversiones como es el CIADI, se remita a otras instituciones como la CCI en los APPRI que firma, es conveniente saber el marco convencional internacional existente en el arbitraje, y qué es lo que ha suscrito el Estado cubano según su orientación política, lo cual influye claramente en su conducta internacional.

¹⁰⁸ R. Dávalos Fernández, “Un lugar para el arbitraje en América Latina y el Caribe”. Ponencia presentada en el *Congreso Latinoamericano y Caribeño*, La Habana, 2010. Disponible en <http://www.ohadac.com/otras-contribuciones.html>. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral se constituye de acuerdo a lo establecido en los arts. 8 a 10 del Reglamento de la CCI.

A pesar de ser muy disperso, hay un núcleo de convenios de carácter global que son los que presentan una mayor relevancia práctica, a saber:

- *La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras*¹⁰⁹, Nueva York, 1958 (Convenio de Nueva York). Del cual se puede decir que ha logrado un éxito rotundo en virtud del número de Estados adheridos¹¹⁰ y el respeto que los tribunales nacionales le confieren. Así mismo, ha significado un espaldarazo fundamental en la creciente armonización de la normativa en materia de arbitraje. Por tanto, constituye probablemente el pilar más importante en que descansa la construcción del arbitraje internacional.

- *Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, hecho en Ginebra en 1961. Que completa el Convenio de Nueva York (CNY), atendiendo a la homogenización del procedimiento arbitral previo a la emisión del laudo y haciendo referencia al recurso de nulidad. Por tanto, bajo la aplicación de ambos convenios se logra un eficaz control judicial de laudo: uno a través de la acción de reconocimiento y ejecución y otro mediante el recurso de nulidad.

- *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, Washington 1965 (Convención de Washington), por el cual se crea el CIADI, institución perteneciente al *Grupo del Banco Mundial*, ante la necesidad de protección de los flujos de IED, que ya en aquel entonces experimentaban un crecimiento formidable. En un principio el Centro creado tuvo una actividad escasa, sin embargo, desde mediados de los noventa ha experimentado un crecimiento exponencial en el número de casos que le son sometidos, lo cual ha repercutido de forma directamente proporcional en su importancia. Como se ha puesto de manifiesto, a este crecimiento ha contribuido de manera esencial el hecho de que más de 2700 acuerdos bilaterales y multilaterales, otorguen al CIADI jurisdicción para resolver en su seno las controversias surgidas entre inversores extranjeros y los Estados parte. Entre los instrumentos multilaterales que remiten al CIADI podemos encontrar los ya

¹⁰⁹ Abierta a la firma el 10 de junio de 1958, la Convención entró en vigor el 7 de junio de 1959.

¹¹⁰ En el momento en que se escriben estas líneas, mediados de 2011, el Convenio cuenta con total de 146 Estados parte. Cuba la suscribe con dos reservas el 30 de diciembre de 1974 y entra en vigor el 30 de marzo de 1975. En España entra en vigor el 10 de agosto de 1977.

mencionados: *Tratado sobre la Carta de Energía*¹¹¹, *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*¹¹² y *Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los EE.UU.*¹¹³

En el ámbito interamericano, los convenios más relevantes en materia de arbitraje comercial internacional son:

- La *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, suscrita en Panamá en el año 1975, en el marco de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Ratificada por gran parte de los países latinoamericanos, tiene la particularidad de que un inversor procedente de un Estado que no sea parte de la misma puede invocar su aplicación si el Estado receptor de la inversión está conforme. Regula y unifica para la región los siguientes temas sobre arbitraje: criterios de validez del acuerdo arbitral, significado y alcance del carácter comercial del arbitraje objeto de regulación, papel de la autonomía privada en el nombramiento de los árbitros, la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia y la fijación de las reglas de procedimiento, equiparación del laudo a la sentencia judicial, condiciones para el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, donde repite en lo fundamental al CNY.

¹¹¹ El *Tratado sobre la Carta de Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados*, fueron firmados en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, entrando en vigor el 16 de abril de 1998. A mediados de 2011 habían ratificado el Acuerdo 46 Estados y las antiguas Comunidades Europeas. El objetivo del Tratado es establecer un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, garantizando así los suministros energéticos de la UE. El texto del Tratado y su protocolo se pueden consultar en: <http://www.encharter.org>. El art. 26 establece, entre otras, la opciones del inversionista de acudir al CIADI o del establecimiento de un arbitraje *ad hoc* según las reglas de la CNUDMI, para resolver las diferencias con el Estado receptor de la inversión.

¹¹² El TLCAN entre EEUU, Canadá y México (NAFTA por sus siglas en inglés), fue firmado en diciembre de 1992, y entró en vigor el 1 de enero de 1994. El texto se encuentra disponible en <http://www.nafta-sec-alena.org/>. El Capítulo XI relativo a Inversiones, en su Sección B se dedica a la solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte, estableciendo en el art. 1120 la posibilidad del inversionista de acudir al CIADI, así como la posibilidad del arbitraje *ad hoc*, según las reglas de la CNUDMI.

¹¹³ El *Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos y República Dominicana* (CAFTA-DR por sus siglas en inglés) fue firmado el 5 de agosto de 2004 y ratificado por Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, República Dominicana, Guatemala, Honduras y Nicaragua, entrando en vigor a partir del 2006 con distintas fechas para cada país. El texto del Tratado puede consultarse en http://www.sice.oas.org/trade/cafta/CAFTADR/CAFTADRin_s.asp. El Artículo 10.16: sobre el sometimiento de una reclamación a arbitraje otorga luego de un plazo de seis meses, la posibilidad al inversor de acudir también al CIADI o a un arbitraje *ad hoc*, según las reglas de la CNUDMI.

- *Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*, suscrita en Montevideo en 1979, en el marco de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. A parte de tener una aplicación subsidiaria en materia de reconocimiento y ejecución de laudos frente a la Convención de Panamá, regula temas como las condiciones para otorgar eficacia extraterritorial a los laudos arbitrales y los criterios para establecer la eficacia parcial de un laudo extranjero en caso de que no se cumplan íntegramente los requisitos. Varias disposiciones desafortunadas le han valido serias críticas¹¹⁴, a saber: la puesta en vigor del doble exequátur (requerimiento de decisión judicial autorizante en el país sede del arbitraje y en país a ejecutar), las excesivas exigencias en materia de documentación de la decisión para su ejecución y el control judicial *ex ante* de la ejecución.

Ambas Convenciones fueron auspiciadas por la Organización de Estados Americanos (OEA). Desde ahora podemos decir que Cuba no ha suscrito ninguno de estos convenios interamericanos sobre arbitraje comercial internacional, dada su exclusión del marco de esta Organización Internacional a la que de manera natural debería pertenecer. La expulsión de Cuba tuvo lugar en 1962, luego de que Fidel Castro declarase el carácter marxista de la Revolución Cubana¹¹⁵.

Retomando el marco internacional, tenemos que Cuba es signataria de los Convenios de Nueva York de 1958 y de Ginebra de 1961. En cuanto al primero de ellos, la isla es Estado parte en virtud de Proclama Presidencial de 3 de febrero de 1975, donde se manifiestan reserva de reciprocidad y reserva comercial, consecuencia de las cuales el convenio se aplica de manera condicionada¹¹⁶. El segundo texto, la Convención

¹¹⁴ J. San Miguel Giralt, "Cuestiones fundamentales de la tutela cautelar al arbitraje comercial en Cuba". *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. N°3, 2010.

¹¹⁵ La Resolución VI, que aprueba la exclusión de Cuba, fue derogada el 3 de junio de 2009, en la XIX Asamblea General de la OEA por la Resolución AG/RES 2438. De esta manera se deja libre el camino a Cuba para su reincorporación "no condicionada" a la OEA, luego de permanecer 47 años excluida de la Organización. No obstante, el Gobierno cubano ya ha manifestado que no desea el regreso a la organización con sede en Washington de la que fue excluida por las presiones norteamericanas.

¹¹⁶ Cobo Roura, N, "Arbitraje comercial y tutela judicial". *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. 62, n°3-4, 2001, pp. 237-260. La Proclama Presidencial expresa: "La República de Cuba aplicará la presente convención al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras dictadas en el territorio de otro Estado contratante. Respecto a las sentencias arbitrales dictadas en otros Estados no contratantes aplicará la convención solamente en la extensión que aquellos concedan un tratamiento recíproco establecido por mutuo acuerdo entre las partes; y además sólo aplicará la

Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Ginebra el 21 de abril de 1961, tiene a Cuba como Estado signatario desde 1964, año en que entró en vigor. La Proclama Presidencial de 1965¹¹⁷, también suscribe este convenio con reserva de reciprocidad y reserva comercial. De esta forma, los dos instrumentos jurídicos pasan a ser fuente de derecho de origen internacional para el arbitraje en Cuba, siendo de obligada aplicación, ya sea a instancia de parte o de oficio, tanto para la los tribunales cubanos como para la institución de la Corte Cubana de Arbitraje (a la que nos referiremos más adelante), llegando en su caso, a ser preferidos frente al Derecho interno, salvo que sea apreciable la excepción de orden público.

Sin embargo, las reservas mencionadas (comunes en muchos Estados parte, sobre todo en la CNY) pueden restringir considerablemente la aplicación de las convenciones. La de reciprocidad conlleva a que sólo se aplique el Convenio respecto a laudos arbitrales dictados en el territorio de otro Estado parte, y la reserva comercial supone sólo se aplica el Convenio respecto a litigios surgidos como consecuencia de relaciones jurídicas consideradas comerciales por el derecho interno del Estado que la invoca. Por lo tanto, en el caso de Cuba cobra pleno sentido que la sede del procedimiento se fije siempre en un Estado parte del CNY con el fin de evitar fundamentalmente posibles problemas en el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se obtengan¹¹⁸. En este sentido los APPRI nuevos que se suscriban, o los que se renegocien, deberían establecer en su articulado el lugar donde puede llevarse a cabo el arbitraje, debiendo siempre celebrarse en un Estado firmante de las Convenciones, en especial la CNY.

Cuba en cambio, no es parte de la *Convención de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, por la cual se creó el CIADI. En este hecho ha tenido una importancia decisiva la pertenencia del Centro al *Grupo del Banco Mundial*¹¹⁹. Los Directores Ejecutivos del Banco fueron

convención a las controversias que surjan de relaciones jurídicas, sean o no contratantes, que sean consideradas como comerciales por la legislación cubana”

¹¹⁷ Establece “Que se designa a la Cámara de Comercio de la República de Cuba y su Presidente para que ejerza las funciones encomendadas en virtud del Artículo IV de ésta Convención”.

¹¹⁸ J. A. Rueda García, “La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pp. 203-232.

¹¹⁹ Además del CIADI, el *Grupo del Banco Mundial* está formado por el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, la Corporación Financiera Internacional, la Asociación Internacional de Fomento y por el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones.

quienes a comienzo de los años 60 pusieron en marcha los trabajos que condujeron a la adopción del texto convencional definitivo. Los miembros del CIADI son, a la vez, miembros del Banco Mundial, y el Concejo Administrativo del Centro es dirigido por el Presidente del Banco. Cuba por su parte, retiró de manera voluntaria el 14 de noviembre de 1960, en pleno proceso de reformas revolucionarias, su pertenencia al Banco Mundial, y automáticamente dejaba de pertenecer también a la Corporación Financiera Internacional¹²⁰.

Por si esto fuera poco, en marzo de 1996, el presidente Bill Clinton firmaba la entrada en vigor de la conocida como Ley Helms-Burton, que recrudecía aún más el embargo de EEUU hacia Cuba. Ley que constituye una medida de coerción económica al servicio de la política exterior de los EE.UU.¹²¹. El título I versa sobre el “*Fortalecimiento de las sanciones internacionales contra el gobierno de Castro*”, y busca, entre otras cosas, recortar la ayuda económica a Cuba y sus relaciones comerciales con terceros países, a la vez que se opone frontalmente a la pertenencia de Cuba a instituciones financieras internacionales (aquí entran el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, de los cuales Cuba también se retiró voluntariamente al inicio de la Revolución, así como las demás instituciones pertenecientes al Banco Mundial, entre ellas el CIADI). La propia Ley da instrucciones a los directores ejecutivos de estas instituciones radicadas en EEUU, para que se opongan a la admisión de Cuba como miembro. Cualquier préstamo o ayuda que proporcionen al gobierno de Cuba, dará lugar a que el Secretario del Tesoro estadounidense retire de su pago a esa institución una cantidad equivalente¹²², y no son para nadie un secreto las gruesas partidas que aprueba el Congreso norteamericano en la financiación de los programas del Banco Mundial.

Así las cosas, en virtud de esta normativa norteamericana que actúa como foro imperativo, Cuba no podría siquiera hacer uso del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, para acudir a esta institución especializada en la resolución de conflictos en materia de inversiones.

¹²⁰ Ver comunicado de prensa del Banco Mundial, de 15 de noviembre de 1960. Disponible en: <http://go.worldbank.org/35E31GBU50>.

¹²¹ C. Otero García-Castrillón, “La Ley de Libertad y Solidaridad Democrática con Cuba (Libertad Act) en el marco de la regulación del comercio internacional. *REDI*, 1997-1, pp.372-377.

¹²² Sin embargo, a pesar de que Cuba está excluida de los préstamos a los que acceden otros países en vía de desarrollo, tiene mejores indicadores sociales que muchos de ellos.

C) Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional.

El acuerdo de inversiones suscrito entre Cuba y Vietnam da la opción al inversor extranjero de acudir, en caso de controversias con el Estado receptor, a la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, órgano con independencia funcional adjunto a la Cámara de Comercio de la República de Cuba, y cuyos orígenes datan de 1965. Si bien esto no es lo habitual, ni mucho menos, en los APPRI que suscribe Cuba y en el caso mencionado, el inversor puede optar también por un arbitraje *ad hoc* según las reglas de la CNUDMI. En un inicio y durante muchos años, la entonces llamada Corte de Arbitraje de Comercio Exterior, fue foro permanente en la solución de controversias entre empresas estatales cubanas y de otros países de socialistas, en el ámbito de las relaciones surgidas del Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME). Posteriormente, ha continuado su labor en el marco de los litigios que pudieran surgir de la actividad inversora exterior en Cuba, pues como sabemos, tanto la anterior ley de 1982, como la actual de 1995 sobre inversiones, así como los APPRI suscritos por Cuba, prevén libertad para elegir el arbitraje institucional (de la Corte cubana u otra extranjera) como medio de solución de controversias. Sin embargo, a pesar de que cuantitativamente el número de procesos arbitrales sustanciados ante la Corte cubana es relativamente alto, unos 320 en el período de 2001 a 2007, el monto de estos asuntos escasamente rebasó los 60 millones de dólares (alrededor de los 43 millones de euros), lo cual demuestra que aún esta Corte no se ha ganado la confianza de los inversores extranjeros, al menos, en lo que atañe a asuntos de gran envergadura. Otro rasgo distintivo del modelo cubano es la existencia de una lista restringida de 21 árbitros (sistema de *numerus clausus*) que la Corte pone a disposición de las partes para el desempeño de estas funciones y que serán designados por el Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba¹²³.

El Decreto- Ley N° 250, de 30 de julio de 2007, sobre la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, además de cambiar el nombre de la Corte por otro con un contenido más amplio, actualiza el régimen del arbitraje internacional con sede en Cuba. A partir del nuevo Decreto-Ley, a la Corte se le podrá someter para su solución,

¹²³ J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid, Iustel, 2008, pp. 249- 252.

cualquier asunto con una relación calificable de “comercial internacional”, con independencia del lugar en que se haya producido y de las partes que intervengan en esa relación. El término “contractual” se entiende en el más amplio sentido, dando cabida a todas las manifestaciones de índole comercial¹²⁴, ello incluye tanto para relaciones contractuales como extracontractuales.

D) Instancia Regional de Solución de Controversias del ALBA-TCP.

Otro elemento a tener en cuenta en lo que a arbitraje institucional se refiere, es el proyecto de “Tratado Constitutivo de la Instancia Regional de Solución de Controversias del ALBA-TCP”. La iniciativa de esta nueva institución surge en el marco del la *Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - Tratado de Comercio de los Pueblos*¹²⁵, plataforma de integración no solo económica, sino también política, social y cultural de naciones de América Latina y el Caribe. El ALBA-TCP se crea como alternativa al ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas) promovida por EE.UU.

Luego de que Bolivia, Nicaragua y Venezuela como miembros del ALBA manifestaran en abril de 2007 su intención de abandonar el sistema del CIADI¹²⁶ y posteriormente la denuncia del Convenio por parte de Ecuador, acaecida el 12 de junio de 2009, se constituye un Grupo de Trabajo para la creación de la *Instancia Regional de Solución de Controversias*, el cual redactó un proyecto de Acuerdo Marco, suscrito en La Habana el 15 de diciembre de 2009, según el cual, la Instancia se creará a través de un Tratado constitutivo que deben aprobar Estados miembros, tendrá personalidad jurídica internacional y los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de sus

¹²⁴ R. Dávalos Fernández, “El Arbitraje Comercial Internacional en Cuba”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005, pp. 11-44.

¹²⁵ Los países que actualmente integran el ALBA-TCP son: Venezuela, Cuba, Bolivia, Nicaragua, Mancomunidad de Dominica, Antigua y Barbuda, Ecuador, y San Vicente y Las Granadinas. La propuesta inicial de creación del ALBA (*Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América*) fue presentada en 2001 por el Presidente de Venezuela, Hugo Chávez, en el marco de la III Cumbre de Jefes de Estado y Gobierno de la Asociación de Estados del Caribe, celebrada en la Isla de Margarita, Venezuela. Sin embargo, no surge oficialmente hasta el 14 de diciembre de 2004, cuando los presidentes de Cuba y Venezuela firman en La Habana los protocolos de su fundación. En 2006 se adhiere Bolivia y se firma el *Acuerdo para la aplicación del ALBA-TCP*. En junio del 2009, una vez incorporados los ocho Estados miembros actuales, se decidió la nueva denominación de *Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América – Tratado de Comercio de los Pueblos*.

¹²⁶ A pesar del anuncio, la única salida efectiva del CIADI ha sido la de Bolivia, que al mes siguiente el 2 de mayo de 2007, denunció la Convención de Washington de 1965 por la que se crea el Centro.

funciones. Debiéndose acordar la sede por medio del consenso entre los Jefes de Estado y de Gobierno del ALBA-TCP.

Entre los principios generales que guiarán la actuación de esta institución arbitral están: la racionalidad de sus gastos; la inexistencia de procedimientos pendientes en los tribunales de las Partes como requisito *sine qua non* para la admisión y registro de controversias; vocación de multilateralidad, por lo que no excluye a ningún Estado de la región; y finalmente, los procesos serán confidenciales, lo cual nos hace pensar que el secretismo propio de los arbitrajes comerciales, también se cernirá sobre los arbitrajes en materia de inversión, sustrayéndose el procedimiento y el laudo final al escrutinio de la opinión pública.

La *Instancia Regional de Solución de Controversias* surgida como alternativa al CIADI, y creada a voluntad por los Estados miembros del ALBA ciertamente hará que estos Estados se sientan cómodos sometiendo sus controversias a este foro, sabiendo que no quedan en manos de una institución “extraña”. Sin embargo, aún queda por delante una labor ardua y fundamental: ganarse la confianza de los inversores extranjeros que buscan sobre todo un foro eficiente y neutral.

E) Proyecto de La Corte Caribeña de Arbitraje Comercial Internacional.

Finalmente, este apartado sobre el arbitraje institucional no estaría completo, si se dejara de analizar la preparación del Proyecto de Corte Caribeña de Arbitraje Comercial Internacional, en seno de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC, por sus siglas en francés).

La OHADAC, tiene su origen en la Conferencia de igual nombre que celebrada en *Pointe a Pitre*, Guadalupe, el 15 de mayo de 2007. Su precedente inmediato lo encontramos en otra experiencia regional de armonización jurídica: la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA), que en la actualidad es considerada como un ejemplo notable de integración jurídica en el ámbito global. En la Segunda Conferencia, que tuvo lugar en Puerto Príncipe, Haití, en junio de 2008, se adoptó una lista de campos jurídicos para su trabajo, entre los cuales se incluye al Arbitraje comercial internacional.

En vista de ello se celebra en La Habana, en junio de 2010, el *Congreso Latinoamericano y Caribeño*, en la que se promueve el arbitraje como medio ideal en solución de controversias surgidas del comercio internacional y como elemento esencial para la armonización del Derecho mercantil en el área latinoamericana y caribeña. El Congreso finaliza con una *Declaración*¹²⁷ en la que se solicita a la OHADAC, la creación de un sistema de arbitraje comercial internacional institucional, a partir de una reglamentación y estatutos modernos. En esta tarea se ha establecido un comité de expertos internacionales encargados de la preparación de un proyecto de *Corte Caribeña de Arbitraje Comercial Internacional*, en la que especialmente tendrán cabida las pequeñas y medianas empresas del área. Según Sánchez Lorenzo, el régimen estatutario y reglamentario que se apruebe deberá ofrecer a estos operadores una solución eficiente y justa en términos de previsibilidad y neutralidad¹²⁸. Con unos costes razonables de arbitraje, tanto en la administración del litigio como en los honorarios de los árbitros.

A pesar de que como su propio nombre indica, la *Corte Caribeña de Arbitraje Comercial Internacional* será una institución especializada en arbitraje comercial, no se cierra la puerta a la nueva modalidad del arbitraje en materia de inversiones. Ya se ha comunicado la intención de que los laudos dictados por la Corte en controversias sobre esta materia sean de carácter público, lo cual indudablemente constituye un paso de avance, no solo sobre la ya analizada la *Instancia Regional de Solución de Controversias del ALBA-TCP*, sino sobre todas las instituciones que en la actualidad administran arbitrajes de inversión en las que la falta de transparencia va en detrimento de la propia legitimidad del mecanismo arbitral en esta materia.

3. El Arbitraje *ad hoc*. Preferencia frente al sistema institucional.

En la mayoría de los APPRI suscritos por Cuba, junto a la modalidad del arbitraje institucional ya visto, coexiste el arbitraje *ad hoc*, que en el modelo cubano se realiza de

¹²⁷ Vid. web: <http://www.ohadac.com>

¹²⁸ S. Sánchez Lorenzo, “Estrategias de la OHADAC para la armonización del Derecho comercial en el Caribe”. *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 35–65. En el mismo sentido, R. Dávalos Fernández, “La proyectada Corte de Arbitraje de la OHADAC”. Disponible en www.ohadac.com/conferencias.html.

acuerdo con las normas de la CNUDMI¹²⁹. Esta modalidad de arbitraje es una constante, e incluso en determinados acuerdos como los celebrados con China, Bolivia o Alemania es la única opción arbitral que se le da al inversor extranjero, obviando totalmente el recurso a una institución administradora. En el arbitraje *ad hoc* los actos de administración, gestión u organización del proceso, forman parte de las obligaciones del propio árbitro y están directamente vinculados a su actuación, de la que deberá responder cuando finalice su trabajo¹³⁰. Frente al arbitraje institucional, el *ad hoc* presenta ventajas importantes. En el caso de Cuba son muy valoradas el amplio margen de libertad que tienen las partes en la elección de los árbitros, lo que suele generar mayor confianza en los mismos y garantiza en mayor medida su neutralidad, así como la disminución en los costes, sin tener que hacer frente al pago de los servicios de la institución ni ajustarse a las tarifas que esta tiene establecida. Igualmente pueden señalarse la previsible mayor celeridad y flexibilidad del proceso, en el que podrán establecer los plazos en función de los propios intereses de las partes litigantes. Otras de las ventajas que se predicen del arbitraje *ad hoc* es que garantiza una mayor confidencialidad sobre el litigio al tener conocimiento sobre el mismo solamente las partes y el Tribunal arbitral. Esta característica ha sido muy aprovechada en la práctica arbitral cubana, incluso en el marco de procedimientos arbitrales en materia de inversiones, los cuales que han estado al margen de la publicidad y la transparencia, y por tanto de la fiscalidad de la opinión pública. Hecho que como se ha demostrado a lo largo de este trabajo no defendemos en lo absoluto en materia de inversiones, si bien resulta lo ideal en controversias privadas de arbitraje comercial.

El artículo 25.4 del Reglamento de la CNUDMI, en el que se basan los arbitrajes *ad hoc* en que participa Cuba establece que: “*las audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes establezcan lo contrario (...)*”, con lo cual la publicidad es un tema que se deja a la voluntad de las partes. Vale recalcar aquí que este reglamento que

¹²⁹ Reglamento de arbitraje de la CNUDMI de 1976 y Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Los textos salidos de la CNUDMI, tienen carácter indicativo, son propuestas normativas sin intención de imponerse coactivamente a los Estados. Sin embargo, su vocación universal ha hecho que casi todos los países que suscriben APPRI se remitan a su Reglamento para configurar el arbitraje *ad hoc*. De igual forma sucede con su otro gran texto normativo en materia de arbitraje: la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de 1985, la cual de una u otra manera, ha sido marco de referencia para los países que recientemente han regulado o modificado su legislación arbitral.

¹³⁰ Cfr. J. C Fernández Rozas. “Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales”. Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XXIII, 2008, pp. 71-104.

data de 1976, está ideado para controversias comerciales, sin que hasta el momento actual haya existido consenso suficiente en la CNUDMI para la elaboración de un Reglamento de arbitraje en materia de inversión que contemple expresamente notas de publicidad y transparencia, a pesar del crecimiento exponencial de este tipo de contenciosos a nivel global.

Recientemente ha tenido lugar un arbitraje muy sonado, que a pesar de ser en materia de inversiones, la sede del demandante extranjero (una Isla del Canal) no estaba cubierta por ningún APPRI de los suscritos con Cuba. El arbitraje en cuestión es *Commercial Caribbean Niquel (CCN) v. Overseas Mining Invs. Ltd (OMI)*. EL laudo (confidencial) por el que se condenaba a la empresa pública cubana CCN pagar más de 45 millones de dólares a OMI en concepto de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato, fue objeto de recurso de anulación, resuelto con éxito para Cuba por la Corte de Apelación de París y por la de Casación, en dos decisiones muy sucintas¹³¹.

En 1998 CCN y OMI habían constituido una *joint venture* para la extracción de níquel en Cuba, en 2004 la empresa cubana dio por terminado el contrato y el inversor extranjero dio inicio a un arbitraje bajo las reglas de la CNUDMI y con sede en París, según los términos del convenio que tenían suscrito.

A la vista de este laudo CCN acudió a la Corte de Apelación de París para pedir su anulación, basada fundamentalmente en que se había negado el debido procedimiento, pues entre otras cosas, el tribunal otorgó a OMI una indemnización por pérdida de oportunidad que esta no solicitó y contra la que CCN no pudo defenderse. La Corte de Apelación estimó este motivo ya que OMI había solicitado una indemnización por lucro cesante, y concluyó que el tribunal había sustituido la indemnización reclamada por OMI sobre la base de pérdida de beneficios, con una compensación basada en la pérdida de la oportunidad, que OMI no ha planteado. Razonamiento mantenido posteriormente por la Corte de Casación. Se negaba el debido proceso (violación del principio de contradicción entre las partes), al decidirse sobre un tipo de indemnización que las partes no habían discutido. Fue algo semejante a incurrir en *ultra petita*. Sin embargo, para los detractores de la nulidad del laudo esto es algo cuestionable, ya que

¹³¹ *Overseas Mining Investments Ltd c/Commercial Caribbean Niquel SA*, CA Paris, 1^{ère} Ch., 25 mars 2010, n° 08-23901, y C. cass 1^{ère} civ., 29 juin 2011, n° 10-23321

las partes tuvieron la oportunidad de hacer declaraciones sobre la reclamación de la OMI por lucro cesante¹³². Lo cierto es que estas sentencias son un toque de atención por parte de los órganos jurisdiccionales, que esperan el cumplimiento de todas y cada una de las salvaguardas procesales, también en las controversias sometidas a arbitraje.

Retomando la configuración sobre el arbitraje *ad hoc* en su conjunto, puede decirse que a pesar de su falta de publicidad, sostenida como se ha visto por el Reglamento de la CNUDMI de 1976, y la desventaja de depender en gran medida del espíritu de cooperación de las partes y sus abogados, es un mecanismo que ha ganado relevancia en las controversias en materia de inversión. Actualmente la CNUDMI¹³³ trabaja un Reglamento sobre la transparencia necesaria en los arbitrajes de inversiones, lo cual ayudaría a paliar en gran medida esta dificultad. Además, en el arbitraje *ad hoc* los Estados no se sienten sometidos a instituciones privadas, que en el caso de Cuba se consideran “extranjeras” y defensoras de los intereses de los inversores exteriores. Por ello, y por las ventajas enunciadas, probablemente esta es la vía que en la actualidad más convenga a Cuba para resolver sus controversias con los inversionistas. De hecho, así se refleja en los APPRI que ha suscrito, donde además de aparecer siempre la opción del arbitraje *ad hoc*, no se descuidan los elementos complementarios, como el acudir a autoridades de reconocido prestigio (valga por ejemplo la Corte Internacional de Justicia) para la nominación generalmente del Presidente del Tribunal arbitral, en caso de desacuerdo entre las partes.

¹³² Bensaude, D. y Kirby J.: “Commentary, a view from Paris: Commercial Caribbean Niquel v. Overseas Mining Invs. Ltd”. *Mealey’s International Arbitration Report*, Vol. 25, nº 6, junio 2010.

¹³³ Desde el período 32 de sesiones de la CNUDMI, Cuba ha estado presente, como observador, en los debates doctrinales y prácticos de esta Comisión, en los cuales se busca siempre el consenso internacional.

V. CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar a lo largo de este trabajo, el concepto de inversión es el punto de partida para activar la protección que ofrece el sistema legal actual, y en consecuencia el arbitraje internacional en esta materia, por lo que ha sido configurado de la manera más amplia posible. Quizá mucho más amplia de lo que pudieron imaginar los Estados receptores de inversión cuando acudieron a suscribir los Tratados para promocionar la inversión en su territorio. Me refiero fundamentalmente a los Estados en vías de desarrollado, los ricos como se ha visto no suelen suscribir estos Acuerdos entre ellos, a pesar de ser grandes receptores de IED.

En cuanto a la regulación de las inversiones, lo cierto es que los Estados han preferido seguir regulando ellos mismos en su normativa interna esta actividad o bien hacerlo a través de los APPRI en los que negocian, con mayor o menor acierto, con mayor o menor capacidad, un marco de protección basado en la reciprocidad y con vocación de ser más ajustado a sus características geográficas, culturales o políticas. Se ha visto como una liberalización casi absoluta en la normativa de inversiones, no es garantía para recibir mayores entradas de capital foráneo. Tampoco lo es la firma a toda costa de Acuerdos de inversión. Se corre el riesgo de permitir la entrada de inversiones que no contribuyan necesariamente al desarrollo económico del país o que incluso le perjudiquen, a la vez que los Gobiernos quedan atados de pies y manos para adoptar en el ejercicio de su poder soberano medidas legítimas que contribuyan al bienestar social o al derecho de desarrollo del país. Los APPRI si bien es cierto que pueden abrir las puertas a la creación de riqueza, al acceso a nuevas tecnologías, y al fomento de las buenas relaciones entre los Estados, también pueden constituir con sus derechos ambiguos y conceptos indeterminados una *espada de Damocles* justo encima de la soberanía de los pueblos. No puede cercenarse el derecho soberano de estos a regular legítimamente los asuntos económicos cuando se busca el interés público y el desarrollo nacional. Parece claro que este derecho/obligación de los Estados para con sus ciudadanos, debe prevalecer frente a los intereses económicos de los inversores extranjeros. Sin embargo, no es menos cierto que los Gobiernos a través de su poder legislativo pueden crear situaciones que causen graves perjuicios(y lo han hecho) a los inversores que han decidido establecerse en su territorio, los cuales hasta hace muy poco sin Tratados internacionales de inversión, no tenían más posibilidad que acudir a los

órganos jurisdiccionales del propio Estado causante del daño y si la violación persistía en base al Derecho internacional, solicitar la protección diplomática que el Estado de su nacionalidad decidía ejercer o no.

Todo esto ha hecho que actualmente se estén renegociando los términos de los Acuerdos de inversiones para el logro de una mayor precisión y que se busquen nuevas referencias doctrinales que consigan un mayor equilibrio entre los derechos y obligaciones de los Estados y los inversores. Se ha planteado como *lege ferenda* la posibilidad de incluir en los APPRIIs normas referentes a la responsabilidad social de las empresas, teniendo en cuenta que en la actualidad no existen normas internacionales obligatorias en este sentido. Se establecerían así pautas para que realmente la inversión extranjera sirva a los objetivos de desarrollo nacional. El fomento de una inversión bien orientada y respetuosa con los valores culturales, políticos o medioambientales del Estado receptor no tiene por qué ser incompatible con el objetivo de promover la IED. En esta labor renegociadora está inserta Cuba, país que en el período comprendido entre 1993 y 2002 se dio la tarea de suscribir un ingente número de Acuerdos internacionales de inversión y ahora, a través del recurso a la renegociación va acotando, va definiendo el sentido que debe darse a la interpretación de conceptos como el de inversión. Se trata de lograr una mayor coherencia en los APPRIIs firmados y predictibilidad ante los derechos que estos otorgan.

Como se ha visto, en el modelo cubano la inversión se concibe como complemento a los esfuerzos nacionales de desarrollo. Lo cual se traduce en la práctica en una actitud recelosa hacia el capital foráneo, con excesivos controles y trabas en los procesos puntuales de autorización. Restricciones que no siempre se deducen de la lectura de la Ley 77/95, núcleo de la normativa interna en materia de inversiones. Y es que esta norma está formulada de manera flexible, sin embargo, manifiesta en su conjunto que el Estado cubano retiene un control significativo sobre la solicitud y desenvolvimiento de cada inversión extranjera. Mientras más poderoso económicamente es el inversionista aspirante este requerirá de mayor escrutinio y la aprobación se hará en los niveles más altos del gobierno: en el Consejo de Estado. Por tanto, no es una apertura sin regulaciones (al estilo neoliberal), mas bien al contrario, esta Ley en su diseño es muy cuidadosa con la definición del poder que conserva el Estado cubano ante cada inversión. Una cosa es que el Estado ordene la entrada de inversiones según las

necesidades de desarrollo, lo cual resulta positivo ya que no toda inversión es beneficiosa, y otra es el establecimiento de unas condiciones tan difíciles y desventajosas para el inversor extranjero que le disuadan completamente de llevar adelante su proyecto. De hecho, como se ha comprobado, la actividad inversora exterior en el país se ha reducido.

En los *lineamientos* aprobados por el VI Congreso del Partido Comunista celebrado en abril de 2011 en La Habana, no aparecen variaciones sustanciales para el régimen de la inversión extranjera propiamente dicho. No obstante, es previsible que el nuevo y ambicioso plan económico impulsado desde la llegada al poder de Raúl Castro, que contempla medidas en casi todos los ámbitos de la economía, requiera mayor participación de la inversión extranjera. La gran envergadura de varios proyectos así lo reclama.

El arbitraje internacional en materia de inversiones se ha convertido en el mecanismo más utilizado para la resolución de controversias entre Estados e inversores extranjeros. El enraizamiento de su jurisdicción en los Tratados internacionales lo ha convertido en un elemento fundamental en la promoción y protección de las inversiones extranjeras. Los estándares aquí mencionados de trato justo y equitativo o de nación más favorecida no serían garantías suficientes para los inversores sin la existencia del arbitraje internacional. De poco valdrían si los inversores que vieran menoscabado su derecho no pudieran extraer el litigio de los órganos jurisdiccionales y acudir a un Tribunal arbitral supranacional, especializado y con clara vocación de neutralidad. Cada vez los inversores recurren menos a la protección diplomática para resolver sus diferencias con el Estado receptor de la inversión; con el arbitraje tienen *ius standi* garantizado por un Tratado internacional. Una de las principales ventajas del arbitraje es que contribuye a despolitizar la controversia, fenómeno que autores como Iruretagoiena califican de “despresurización política”. De esta forma se evita en gran medida que Estados receptores demandados (generalmente en desarrollo) se vean sometidos a presiones políticas o económicas ejercida por otros que pueden ser más poderosos.

Sin embargo, el arbitraje de inversión también presenta problemas. Los litigios que le son sometidos tienen un incuestionable trasfondo público, con gran interés de la sociedad civil en los mismos, ante la posibilidad de que el laudo dictado también le

afecte. Debido a ello, se afirma que las características de privacidad y confidencialidad (propias del arbitraje comercial) deben ceder frente a la transparencia y publicidad cuando se trata de controversias en estas materias. Aquí el arbitraje de inversiones no ha podido marcar la distancia suficiente con el comercial del que trae origen, y a pesar de que se han adoptado medidas como el establecimiento de *amicus curie* en el ámbito del CIADI, estas resultan insuficientes: por ejemplo, la publicidad del procedimiento arbitral y el posterior laudo continúan dependiendo de la voluntad de las partes.

En el caso de Cuba ni siquiera se tiene esto. La confidencialidad es absoluta. Los conflictos en materia de inversión se solucionan bien en una institución privada especializada en arbitraje comercial como la CCI, o bien estableciendo un arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de la CNUDMI, en ambos casos la publicidad y transparencia es nula. No es comprensible que un Estado que se autoproclama defensor de lo público y manifiesta entre sus virtudes la cercanía del Poder político con el pueblo, sustraiga del conocimiento de la sociedad este tipo de asuntos. La importancia de la transparencia en el arbitraje en materia de inversiones no es poca, de hecho actualmente en el seno de la CNUDMI se está trabajando en un proyecto de Reglamento sobre la transparencia necesaria en este tipo de arbitrajes. Aún está por ver el contenido final de su articulado, pero lo cierto es que constituiría un gran paso de avance que dotaría al arbitraje *ad hoc* de una mayor legitimidad. Cauce arbitral que cada vez y con mayor fuerza va siendo preferido al institucional, más rígido y costoso, y en el que muchos Estados han visto injustamente negado su derecho, debido en gran medida a mecanismos preestablecidos de selección de árbitros. Por ello actualmente el arbitraje *ad hoc* es la mejor alternativa que tiene Cuba para resolver sus diferencias en materia de inversiones. Bien es cierto que el país está buscando foros institucionales alternativos, pero también lo es que ninguno de ellos se ha creado hasta ahora, y una vez vean la luz, tendrán la no menos complicada tarea de ganarse la confianza de los inversores extranjeros y lograr ser incluidos en los Acuerdos de inversión.

DECISIONES ARBITRALES

Decisiones del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI). Convención de Washington de 1965.

Aguas de Tunari y otros vs. Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3)

- Laudo Jurisdiccional, 21 de octubre de 2005
- Carta del Presidente del Tribunal en respuesta a la petición de participación como *amici curiae*, 29 de enero de 2003.

Compañía de aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. Argentina (CIADI Caso No. ARB/97/3)

- Decisión de anulación de 3 de julio de 2003 (Vivendi c. Argentina)
- Laudo de 21 de noviembre de 2000.

Emilio Agustín Maffezini c. España (Caso CIADI No. ARB/97/7)

- Laudo de 13 de Noviembre del 2000
- Decisión sobre objeción jurisdiccional, 25 de enero 2000.

Lanco International Inc vs República Argentina (ICSID Case No. ARB/97/6)

- Decisión sobre jurisdicción, 8 de diciembre de 1998

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI)- Reglamento del Mecanismo Complementario.

Metalclad Corporation c. México [Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1(NAFTA)]

- Laudo de 30 de agosto de 2000.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. México (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2)

- Laudo de 29 de mayo de 2003.

Arbitraje ad hoc- Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de 28 de abril de 1976

Methanex c. Estados Unidos de América (UNCITRAL (NAFTA))

- Decisión sobre *Amici Curiae*, 15 de enero de 2001

TRIBUNALES NACIONALES

Corte suprema de los Estados Unidos:

Banco National de Cuba c. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964),

Corte de Apelacion de París:

Overseas Mining Investments Ltd c/Commercial Caribbean Niquel SA, CA Paris, 1^{ère} Ch., 25 mars 2010, n° 08-23901

Corte de Casación francesa:

Overseas Mining Investments Ltd c/Commercial Caribbean Niquel SA, y C. cass 1^{ère} civ., 29 juin 2011, n° 10-23321

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES Y MONOGRAFÍAS

- Álvarez Calzada O. y Dajani González J.: “El nuevo marco europeo de protección de inversiones exteriores”. *Real Instituto Elcano*, ARI nº139, 2010.
- Artuch Iriberry, E.: “La jurisdicción del CIADI de acuerdo al art. 25 del Convenio de Washington”, *RCEA*, 1998, pp. 287- 296.
- Aztigarraga, J.: “A glimpse into the crystal ball: Latin American arbitration ten years hence.” *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol.10, nº1, 2010, pp. 23-29.
- Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*, Washington, 1965.
- Bensaude, D. y Kirby J.: “Commentary, a view from Paris: Commercial Caribbean Niquel v. Overseas Mining Invs. Ltd”. *Mealey’s International Arbitration Report*, Vol. 25, nº 6, junio 2010.
- Bhagwati, J.: *In Defense of Globalization*. New York, Oxford University Press, 2004. Traducción española: *En defensa de la globalización*. Barcelona, Debate, 2005.
- Termites in the Trading System How Preferential Agreements Undermine Free Trade*. New York. Oxford University Press. 2008.
- Castro Cossio, E.: *La inversión extranjera directa y sus factores de localización. Especial mención al caso de Cuba*. Tesis Doctoral, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1996-1997.
- CEPAL, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2010*, disponible en <http://www.cepal.org>
- Chillón Medina, J. M.: “El arbitraje internacional de inversiones: su tratamiento singular reciente a partir del Derecho convencional y de la jurisprudencia, 2009. Disponible en <http://www.cmanicaragua.com.ni/media/docs/1248705412.pdf>
- CNUDMI, *Solución de controversias comerciales: preparación de una norma jurídica sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión*, Naciones Unidas, 2011. Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2Arbitration.html.
- Cobo Roura, N.: “Arbitraje comercial y tutela judicial”. *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. 62, nº3-4, 2001, pp. 237-260.

- Cremades, B. M y Cairns D. J.: “La seguridad jurídica en las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los Tratados”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2004 pp. 69-93.
- “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. 2002, pp. 15- 62. .
 - “Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones” *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. 2007, pp. 13-22.
- Crespo Hernández, A.: *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿Crisis de un modelo de globalización?* Madrid, Eurolex, 2000.
- Dávalos Fernández, R.: “El Arbitraje Comercial Internacional en Cuba”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005, pp. 11-44.
- “La proyectada Corte de Arbitraje de la OHADAC”. Disponible en www.ohadac.com/conferencias.html.
 - “Las empresas mixtas en el contexto de un mundo globalizado”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitcoria-Gasteiz*, 2003, pp. 147-184.
 - “Un lugar para el arbitraje en América Latina y el Caribe”. Ponencia presentada en el *Congreso Latinoamericano y Caribeño*, La Habana, 2010. Disponible en <http://www.ohadac.com/otras-contribuciones.html>.
- Díez-Hochleitner, J.: “El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRI”. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, Nº 11, 2005, pp. 49-65.
- Dolzer, R. and Schreuer, C.: *Principles of international investment law*. Oxford University Press, New York, 2008.
- Dolzer, R.: “The notion of investment in recent practice”. *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano*. Steve Charnovitz, Debra P. Steger and P. van den Bosche (eds). Cambridge University Press, Cambridge 2005, pp 261-263.
- Fábregas i Guillén, D.: *La Ley de la inversión extranjera y la situación económica actual de Cuba*. Editorial Viena, Barcelona, 1998.
- Fernández Masía, E: *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- “El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica”. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, nº3, 2009, pp. 741-760.
- Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado*. Cizur Menor, Civitas, 2009.
- Fernández Rozas, J. C.: “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009, pp. 13-37.
- “Determinación del lugar del arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral”, *Lima Arbitration. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, nº 2. pp. 25-62.

- *Sistema de Derecho económico internacional*, Navarra, Civitas, 2010.
- “Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales.” *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIII, 2008, pp. 71-104.
- “El arbitraje internacional y sus dualidades”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XV, 2006, pp 1-24.
- *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid, Iustel, 2008.
- “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. I, nº2, 2009, pp. 335-378.
- “El derecho económico internacional de la Globalización.” *Guerra y Paz (1945-2009) Obra homenaje al Dr.Torres Bernárdez*, Bilbao, Serv. Edit. Universidad País Vasco, 2010, pp 197-236.

García Rodríguez, I.: “Pluralismo jurídico en inversión extranjera: las controversias entre el inversor y el Estado receptor”, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1563- 1592.

Graham, J.A.: “El décimo aniversario de la Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje: unas breves observaciones sobre el pasado, presente y futuro del arbitraje en América Latina”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. X, nº1, 2010, pp 7-22.

- “¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, nº 3, 2003, pp. 96-112.

Hernández Morales A.: “Las reformas cubanas de los noventa ¿alternativa a la hegemonía neoliberal en América Latina? Promesas y realidad”. *Informe final del concurso: Fragmentación social y crisis política e institucional en América Latina y el Caribe. Programa Regional de Becas CLACSO*, 2002. Disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2001/hernandez.pdf>

Illescas, J.: “Los Tratados de Protección de Inversiones y su utilidad para los inversores españoles en Latinoamérica”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, Nº 5, Junio del 2003, pp. 83-93.

Instituto Valenciano de la Exportación: *Informe Cuba 2011*. Generalitat Valenciana, 2011, disponible en http://www.ivex.es/red_exterior/centroempresariales/CU_la-habana/Informes.html.

Iruretagoiena Aguirrezabalaga, I.: *Operatividad del arbitraje ante supuestos de expropiación de inversiones extranjeras*. Tesis Doctoral, Donosita/ San Sebastián, Universidad del País Vasco, 2008.

- “Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad del arbitraje de inversión.” *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol.I, nº1, 2008, pp. 139-164.
- “El arbitraje de inversión en el marco de los APPRI celebrados entre dos Estados miembros de la Unión: los APPRI intra-UE y el Derecho de la Unión”. Grupo de Investigación “*Instrumentos y técnicas de protección de intereses y derechos de personas físicas y jurídicas mediante el derecho internacional público y privado*”.

Le Riverend, J.: *La República, dependencia y revolución*. La Habana, Ciencias Sociales, 2001.

- Martínez Fraga, P.J y Vielleville, D.: *Hacia la unificación del Derecho Procesal Internacional*, Navarra, Aranzadi, 2006.
- *International Commercial Arbitration: United States doctrinal developments and American style discovery*. Cizur- Menor (Navarra). Thomsom-Aranzadi. 2008.
 - “Apuntes sobre la necesidad de armonizar el principio de protección de la inversión extranjera en el concepto de soberanía regulatoria del Estado en el arbitraje internacional: una oportunidad para forjar jurisprudencia transnacional”. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol.IV, nº 2, 2011, pp. 383-403.
- Mercader Ugina, J. R.: *La realidad laboral en Cuba y la responsabilidad social de los inversores extranjeros*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Mourre, A.: “¿Los amici curiae son la respuesta apropiada al interés público en la transparencia del arbitraje de inversión?” *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 12, 2007, pp. 60-72.
- Muñiz, R.: “El arbitraje inversionista-Estado”. Ponencia presentada en el *Congreso Latinoamericano y Caribeño*, La Habana, 2010. Disponible en <http://www.ohadac.com/otras-contribuciones.html>.
- N. Blackaby, “Public Interest and Investment Treaty Arbitration”, *Investment Treaties and Arbitration*, ASA Special Series No. 19, at 145. G. Kaufmann-Kohler and B. Stucki eds., 2002.
- OCDE, *Definición Marco de Inversión Extranjera Directa*. Cuarta edición, 2008. Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/63/36/46226782.pdf>.
- “*Transparency and third party participation in investor-State Dispute Settlement Procedures. Statement by the OCDE Investment Committee*”, Working papers on international investment, Junio 2005. Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/25/3/34786913.pdf>.
- Oficina Económica y Comercial de España en La Habana: *Informe económico y comercial sobre Cuba 2011*, ICEX, disponible en <http://www.oficinascomerciales.es>.
- Otero García-Castrillón, “La Ley de Libertad y Solidaridad Democrática con Cuba (Libertad Act) en el marco de la regulación del comercio internacional. *REDI*, 1997-1, pp.372-377.
- Rodríguez Chi, L.: “Generalidades del estándar de trato justo y equitativo. Una aproximación a su conceptualización y contenido obligacional”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Guantánamo, 2011. Disponible en www.eumed.net/rev/cccss/12/.
- Rubins, N.: “The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. (N. Horn ed), Kluwer Law International, La Haya, 2004, pp. 283-324.
- Rueda García, J.A.: “La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Marzo 2010, Vol. 2, Nº 1, pp. 203-232.

San Miguel Giralt, J.: “Cuestiones fundamentales de la tutela cautelar al arbitraje comercial en Cuba”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. N°3, 2010.

Sánchez Lorenzo, S.: “Estrategias de la OHADAC para la armonización del Derecho comercial en el Caribe”. *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 35–65.

Teitelbaum, A.: “El ALCA entre nosotros: los tratados bilaterales de libre comercio”. Ponencia en *III Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI*. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, septiembre de 2004. Disponible en www.bilaterals.org.

UNCTAD *World Investment Prospects Survey 2010-2012*, Nueva York y Ginebra 2010, disponible en http://www.unctad.org/en/docs/diaeia20104_en.pdf.

- *Latest Developments in Investor– State Dispute Settlement*. N° 1, marzo 2011, Naciones Unidas. Disponible en http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113_en.pdf.
- *World Investment Report 2010: Investing in a Low-carbon Economy*, Nueva York, Naciones Unidas, 2010. Disponible en <http://www.unctad.org/templates/webflyer.asp?docid=13423&intItemID=5539&lang=1&mode=downloads>
- *Informe sobre las inversiones en el mundo 2011*, Nueva York y Ginebra 2011, disponible en http://www.unctad.org/sp/docs/wir2011overview_sp.pdf

Vázquez, Y.: “El arbitraje inversionista-Estado”. Ponencia presentada en el *Congreso Latinoamericano y Caribeño*, La Habana, 2010. Disponible en <http://www.ohadac.com/otras-contribuciones.html>.

Zabalo P.: “Los Acuerdos Internacionales sobre Inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina”. *Rev. de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas*, UNMSM , Vol. 11, N° 22, Lima, 2008, pp. 27- 39

Zambrana Tévar, N.: *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*. Navarra, Aranzadi, 2010.

TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMATIVAS NACIONALES

TRATADOS Y NORMATIVA INTERNACIONALES

- Convenio de Washington de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados por el que se crea el CIADI.
- Convenio de Nueva York de 1958.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá en el año 1975.
- Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961.
- Tratado sobre la Carta de energía, Lisboa 1994.

- Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, EE.UU y República Dominicana.
- Tratado de la Unión Europea.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- Reglamento modelo de la CNUDMI para Arbitraje Comercial Internacional, 1976.
- Ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985.
- Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre Ecuador y EEUU, mayo de 1997.

ACUERDOS BILATERALES CON CUBA

- Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Cuba y el Gobierno de Italia. 1993.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la Federación Rusa. 1993.
- Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Cuba y el Reino de España. 1994.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y Colombia. 1994.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y el Reino Unido. 1995.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República Popular China. 1995.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y Bolivia. 1995.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República Socialista de Vietnam. 1995.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Argentina. 1995.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Sudáfrica. 1995.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República del Líbano. 1995.

- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Chile. 1996.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República Federal de Alemania. 1996.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República Helénica. 1996.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Suiza. 1996.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Venezuela. 1996.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República Francesa. 1997.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República Democrática Popular de Laos. 1997.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República del Ecuador. 1997.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Cabo Verde. 1997.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Cuba y el Gobierno de Jamaica. 1997.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República Federativa del Brasil. 1997.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Indonesia. 1997.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la Federación de Malasia. 1997.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Turquía. 1997.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y Belice. 1998.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y del Reino de Bélgica-Luxemburgo. 1998.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República Portuguesa. 1998.

- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Bulgaria. 1998.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Panamá. 1999.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Trinidad y Tobago. 1999.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Guatemala. 1999.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República Argelina Democrática y Popular. 1999.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y el Reino de Países Bajos. 1999.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y República Dominicana. 1999.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Hungría. 1999.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República de Austria. 2000.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República del Perú. 2000.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y la República del Paraguay. 2000.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y el Reino de Dinamarca. 2001.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Cuba y los Estados Unidos Mexicanos. 2001.

NORMATIVA INTERNA CUBANA CONSULTADA

- Ley 73/1994, de la Asamblea Nacional del Poder Popular. Del sistema tributario de Cuba.
- Ley 77/1995, de la inversión extranjera.
- Decreto-Ley n° 250, de 30 de julio de 2007, sobre la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional.
- Decreto-Ley 165/1996 del Consejo de Estado, sobre Zonas Francas y parques industriales

- Decreto-Ley 167/97, del Consejo de Estado. Normas generales de procedimientos tributarios.
- Acuerdos 3827 / 00 y 5290 / 04 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, relativos a los Contratos para la Producción Cooperada de bienes o la prestación de servicios, así como de Administración hotelera y Productiva.
- Resolución 26/1996, de la Cámara de Comercio de la República de Cuba. Reglamento del registro de inversiones extranjeras.

PAGINAS WEB CONSULTADAS

- Cámara de Comercio de la República de Cuba. www.camaracuba.com.cu
- CIADI. www.icsid.worldbank.org
- Comisión Económica Para América Latina y el Caribe del Sistema de Naciones Unidas. www.cepal.org
- CNUDMI www.uncitral.org
- Diario El Nuevo Herald. <http://www.elnuevoherald.com>
- Diario Granma www.granma.cubaweb.cu / www.granma.cubasi.cu / granma.co.cu
- Gobierno de Cuba. www.cubagob.cu
- Informe Central del VI Congreso del PCC. www.cubadebate.cu
- Oficina Nacional de Estadística de Cuba. www.one.cu
- Oficina Económica y Comercial de España en La Habana. www.oficinascomerciales.es
- Resolución sobre los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido. <http://www.parlamentocubano.cu>
- The Economist Intelligence Unit. www.eiu.com
- TV Yumurí. www.tvyumuri.icrt.cu
- Tratado de la Carta de Energía <http://www.encharter.org>
- UNCTAD. www.unctad.org